CAPES
QUALIS B1



# Revista VIDERE

Ver, olhar, considerar.



Obra de arte: Ilton Silva.

ISSN 2177-7837 - Dourados, v. 10, n.20, jul./dez. 2018

**Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da FADIR/UFGD**

UFGD editora

# VIDERE

v. 10, n. 20

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); 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

Revista Videre: ver, olhar, considerar [recurso eletrônico]/ Universidade Federal da Grande Dourados, Faculdade de Direito e Relações Internacionais. – Vol. 1, n1 (jan./jun., 2009)–. – Dados eletrônicos. – Dourados, MS: Ed. Universidade Federal da Grande Dourados, 2009-

Semestral.
Modo de acesso: Word Wide Web:
<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre>.
ISSN 2177-7837 (online).

1. Direitos humanos. 2. Ciência Política. 3. Relações Internacionais.
4. Universidade Federal da Grande Douradas – Periódicos. I. Universidade Federal da Grande Dourados. Faculdade de Direito e Relações Internacionais

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da UFGD. - Alison Antonio de Souza – CRB 1 2722.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.

v.10 n.20, jul./dez. 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.20, jul./dez. 2018

**VIDERE**
v. 10, n.20, jul./dez., 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**
Ilton Antunes Silva - autor da pintural (Acervo particular de Giselle Marques).

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

**M&W Comunicação Integrada**
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

APRESENTAÇÃO .....10

O AGRONEGÓCIO NO BRASIL: UMA ANÁLISE CONTRA HEGEMÔNICA VOLTADA À SUSTENTABILIDADE E AO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO .....14
Patrícia Spagnolo Parise Costa
Estefânia Naiara da Silva Lino

TUTELA JURÍDICA DOS ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS E EXPLORAÇÃO DA BIODIVERSIDADE EM GOIÁS: A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS ..... 29
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Ana Sofia Alencar Lambert

WOMEN'S RIGHTS UNDER UNIVERSAL PROTECTION AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES: DIALOGUES BETWEEN GLOBAL AND LOCAL .....48
Lara Santos Zangerolame Taroco
Ana Cecília Sabbá Colares

INTERFACES ENTRE A ANTROPOLOGIA E O DIREITO: UMA DISCUSSÃO SOBRE O ANTI ANTI-RELATIVISMO DE CLIFFORD GEERTZ .....61
Luana Renostro Heinen
Marcel Mangili Laurindo

O PENSAMENTO DESCONSTRUCIONISTA E DESCENTRADO DE JACQUES DERRIDA: UM DESAFIO EPISTEMOLÓGICO NO COMBATE A FUNDAMENTALISMOS E TOTALITARISMOS ..... 76
Noli Bernardo Hahn

POLÍTICAS DE SAÚDE COLETIVA E GESTÃO URBANA DE RESÍDUOS SÓLIDOS NA FRONTEIRA: UM ESTUDO DE CASO EM PORTO MURTINHO – MS .....88
Caio Luis Chiariello

CUIDADOS PALIATIVOS E AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL: REFLEXÕES SOBRE O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL ..... 99
Taciana Damo Cervi

SEGURANÇAS POR LIBERDADES ..... 114
Marcelo de Azevedo Granato

AS CRIPTOMOEDAS COMO MERCADORIA-EQUIVALENTE ESPECÍFICA: UMA BREVE LEITURA DO FENÔMENO A PARTIR DA OBRA "O CAPITAL" DE KARL MARX ..... 126
Maurício Antonio Tamer

A RECEPÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVENTIVA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ..... 140
Brunna Laporte Cazabonnet

O PROCESSO DE INSTALAÇÃO DO REGIME DE LOJA FRANCA EM CORUMBÁ/MS (UMA CIDADE EM ZONA DE FRONTEIRA): DILEMAS E POSSIBILIDADES ..... 161
Roberto Mauro da Silva Fernandes

OS FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DA ADPF 54 E DO HC 124.306 ..... 187
Janaína Reckziegel
Cassiane Wendramin

REFUGIADOS E CONFLITOS INTERNACIONAIS: O CASO DA REGIÃO DOS GRANDES LAGOS AFRICANOS ..... 205
Sérgio Luiz Cruz Aguilar
Mariana Moron Saes Braga

A NACIONALIDADE ORIGINÁRIA E A QUESTÃO DA DUPLANACIONALIDADE: JUS SOLI E JUS SANGUINIS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA ..... 224
Jorge Luís Mialhe

A ESTÉTICA DA FÉ: ECOS DE UMA DEMOCRACIA ENCURRALADA ..... 245
Lia Beatriz Teixeira Torraca

CRENÇAS, RELIGIÕES E ESTADO DE DIREITO ..... 262
Sebastião P. Mendes da Costa
Carlos Alberto Molinaro

A INSUSTENTABILIDADE DA VISÃO TRADICIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS NAS QUESTÕES DE GÊNERO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO ROSENDO CANTÚ Y OTRA *VERSUS* MÉXICO ... 277
Felipe Da Veiga Dias
Tamiris A. Gervasoni

A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES DE PODER: QUESTÕES ACERCA DA MIGRAÇÃO E SUAS FORMAS DE EXPLORAÇÃO ..... 295
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso
Luísa Vanessa Carneiro da Costa

JORNALISMO E DIREITOS HUMANOS: O AGENDAMENTO DO TEMA ESTUPRO NO PORTAL CAMPO GRANDE NEWS (MS) ..... 309
Katarini Giroldo Miguel
Lynara Ojeda Souza

RESENHA

BITTAR, EDUARDO CARLOS BIANCA. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO: HUMANISMO, DEMOCRACIA E JUSTIÇA. SÃO PAULO: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2018 ..... 321
Pedro Pulzatto Peruzzo

# 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 regionalidade sul-mato-grossense.

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

Segundo o inventor de língua de brincar Manoel de Barros (2016), as palavras possuem deslimites, transcendendo, muitas vezes, seus sentidos gráficos. Para o poeta, o vazio também completa, órgãos de morrer podem predominar em vida, ouve-se o tamanho oblíquo de uma folha e a independência, muitas vezes, está algemada. O encantador de palavras busca demonstrar a importância das coisas ínfimas, do cotidiano escondido, das coisas supostamente inexistentes, do mundo das borboletas. Segundo o autor, para apalpar a intimidade do mundo, é preciso desaprender 8 horas por dia e desinventar objetos. Mesmo porque "as coisas não querem mais ser vistas por pessoas razoáveis".

Se nem as coisas querem ser vistas por pessoas razoáveis, imaginem as vidas humanas e não humanas. É exatamente preocupada no deslimite das palavras científicas que a edição 2018.2 da Revista *Videre* apresenta-se às comunidades nacional e internacional. São pesquisas que se comprometem com a "outra", o "outro", os condenados, os vazios, as vidas interrompidas, os sonhos vilipendiados e o Brasil democrático. Os estudos que serão lidos são grafias de homens e mulheres que escolheram dedicar suas vivências aos estudos, aos muitos deslimites do viver.

O lançamento dessa nova edição da Revista *Videre* está inserido em um tempo e espaço conturbado da sociedade brasileira, principalmente para aquelas e aqueles que acreditam na poesia, no Estado Democrático de Direito, nos Direitos Humanos e na educação pública de qualidade e sem amarras. O ano de 2018 trouxe à tona um Brasil dividido por projetos civilizacionais antagônicos, principalmente no que tange ao enfrentamento à desigualdade social, à utilização dos recursos naturais, aos direitos previdenciários e trabalhistas, à liberdade de cátedra, à defesa do Estado Laico e à efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Este ano revelou-se um emblemático espaço temporal; ao mesmo momento, o projeto de sociedade engenhado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 completa 70 anos e a Constituição Federal de 1988 completa 30 anos. Na via inversa, há uma forte negação a estes textos, em especial aos mandamentos nucleares que estruturam a democracia e a dignidade das muitas vidas.

Para Rubens Casara (2017), o Brasil adentra o que aquele chama de "Estado Pós-Democrático" por meio do neo-obscurantismo e da gestão dos indesejáveis. Na pós-democracia, os institutos da democracia não desaparecem por completo, mas perdem sua essência, seu núcleo humanístico. "A democracia persiste como uma farsa, uma desculpa que justifica o arbítrio". Nesse mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos (2016) afirma que "Vivemos em democracias de baixa ou muito baixa intensidade que convivem com regimes sociais fascistas. Daí o meu diagnóstico de que vivemos em sociedades que são politicamente democráticas mas socialmente fascistas". Enfrentar cientificamente a história do tempo presente não é tarefa fácil, mas é tarefa imprescindível, que vem sendo executada por aqueles e aquelas que não se curvam às práticas antidemocráticas e desumanas da onda conservadora que alaga nações.

Em seu nono ano editorial, a Revista *Videre* traz em sua capa uma singela homenagem ao pintor, entalhador e escultor sul-mato-grossense, Ilton Antunes Silva que nos deixou no ano de 2018. De infância humilde, o artista plástico cresceu em contato com a natureza, a dificuldade do cotidiano e a multiplicidade da vida, o que lhe permitiu edificar um universo

simbólico em que cores, mulheres, animais, folhas, bugras, corpos desformes encontram-se para comunicar o inconsciente coletivo. O pintor traça suas linhas em óleo sobre tela, utilizando de espátulas, tampas de caneta, cartões telefônicos, objetos outros e os pinceis. O artista nasceu na região de fronteira, em Ponta Porã - MS, no ano de 1944. É filho da união de Conceição Freitas da Silva, famosa artista do Mato Grosso do Sul por esculpir bugres e do funcionário público Abílio Antunes. Ilton Silva viverá para sempre no Mato Grosso do Sul por meio do seu colorido estado da arte.

Como em todas as demais edições, a Revista Videre apresenta temas de relevância social, como: o agronegócio por meio de uma análise contra-hegemônica, biodiversidade, Direitos Humanos, interfaces entre a Antropologia e o Direito, o pensamento desconstrucionista e descentrado de Jacques Derrida, saúde coletiva e gestão urbana de resíduos sólidos, cuidados paliativos e autonomia do paciente terminal, segurança por liberdade, criptomoedas, medidas cautelares diversas da prisão preventiva, processo de instalação do regime de loja franca, análise da ADPF 54 e do HC 124.306, refugiados e conflitos internacionais, nacionalidade originária e a dupla nacionalidade, estética da fé e os ecos de uma democracia encurralada, o refúgio no sistema internacional, gênero, globalização e as relações de poder.

Patrícia Spagnolo Parise Costa (UniRV) e Estefânia Naiara da Silva Lino (UniRV) desenvolvem a pesquisa "O agronegócio no Brasil: uma análise contra-hegemônica voltada à sustentabilidade e ao direito ao desenvolvimento". As autoras buscam responder os seguintes questionamentos: "será que, de fato, o agronegócio atende aos preceitos legais voltados à sustentabilidade e ao desenvolvimento em todas as suas esferas? Qual o papel do Estado e do Direito neste processo de preservação dos direitos humanos?"

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (UFG) e Ana Sofia Alencar Lambert (UFG) apresentam o artigo "Tutela jurídica dos arranjos produtivos locais e exploração da biodiversidade em Goiás: a proteção da propriedade intelectual como mecanismo de desenvolvimento das comunidades tradicionais". O estudo busca analisar o direito de propriedade intelectual como instrumento possível de emancipação das comunidades tradicionais no Estado de Goiás.

Lara Santos Zangerolame Taroco (FDV) e Ana Cecília Sabbá Colares (UH) desenvolvem a pesquisa intitulada "*Women's rights under universal protection and international human rights treaties: dialogues between global and local*". O estudo apresenta os tratados internacionais de maior impacto à proteção às mulheres, destacando-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, e como os mesmos se irradiam pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Luana Renostro Heinen (UFSC) e Marcel Mangili Laurindo (UFSC) propõem o artigo nomeado "Interfaces entre a Antropologia e o Direito: uma discussão sobre o *anti anti-relativismo* de Clifford Geertz". A pesquisa de valorização interdisciplinar se propõe a demonstrar às Ciências Jurídicas que a Antropologia pode contribuir sobremaneira para a análise teórica dos fenômenos jurídicos como produtos da cultura.

Noli Bernardo Hahn (URI) apresenta o artigo "O pensamento desconstrucionista e descentrado de Jacques Derrida: um desafio epistemológico no combate a fundamentalismos e totalitarismos". Usando como teórico Derrida, o autor busca compreender em que consiste a desconstrução da racionalidade logocêntrica e a afirmação de uma racionalidade descentrada. Assim, expõe pautas atuais como o combate à tirania das normas, a percepção das alienações políticas da linguagem e a luta contra a dominação dos estereótipos.

O professor da UFGD e pró-reitor de Gestão de Pessoal Caio Luis Chiariello intitula seu estudo regionalizado como "Políticas de saúde coletiva e gestão urbana de resíduos sólidos na fronteira: um estudo de caso em Porto Murtinho – MS". De relevância ímpar, analisa a gestão dos resíduos sólidos e a sua contribuição para a saúde coletiva da população próxima ao lixão do Município de Porto Murtinho.

Taciana Damo Cervi (UFRGS) debruça-se sobre "Cuidados paliativos e autonomia do paciente terminal: reflexões sobre o testamento vital no Brasil". A autora investiga o testamento vital no Brasil e os desdobramentos do atendimento de saúde quando o paciente estiver em circunstância de terminalidade de vida.

Marcelo de Azevedo Granato (USP) apresenta o artigo "Seguranças por liberdades". A pesquisa demonstra o alargamento das atribuições do Estado a partir da "segunda geração" de direitos humanos.

Maurício Antonio Tamer (Mackenzie) nomina seu estudo de "As criptomoedas como mercadoria equivalente específica: uma breve leitura do fenômeno a partir da obra 'O capital', de Karl Marx". O autor faz uma releitura da teoria das criptomoedas à luz dos conceitos dispostos na obra "O capital", precisamente a partir das ideias relacionadas às duas funções do ouro, ao dinheiro e à circulação de mercadoria.

Brunna Laporte Cazabonnet (PUC-RS) intitula sua pesquisa de "A recepção das medidas cautelares diversas da prisão preventiva pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul". O objetivo do artigo é compreender o instituto das medidas cautelares frente ao egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Roberto Mauro da Silva Fernandes (Unicentro) intitula seu trabalho de "O processo de instalação do regime de loja franca em Corumbá/MS (uma cidade em zona de fronteira): dilemas e possibilidades". O artigo busca refletir sobre o processo de instalação do regime aduaneiro de loja franca no município de Corumbá/MS. Deste modo, o centro do debate passa pela zona de fronteira Brasil/Bolívia.

Janaína Reckziegel (UES) e Cassiane Wendramin (Unoesc) nomeiam seu trabalho de "Os fundamentos da autonomia para o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 54 e do HC 124.306". As autoras buscam retirar dos julgados os conteúdos principais dos votos, dando destaque ao possível conflito entre o direito à vida do feto e a autonomia da gestante, bem como averiguar se as conceituações de autonomia apostas pelos ministros referem-se à compreensão de autonomia privada.

Sérgio Luiz Cruz Aguilar (Unesp) e Mariana Moron Saes Braga (Unesp) denominam sua pesquisa como "Refugiados e conflitos internacionais: o caso da região dos grandes lagos africanos". Objetivam apresentar e analisar a realidade da região dos grandes lagos africanos buscando identificar uma conjuntura diversa: a dos refugiados como causa de conflitos.

Jorge Luís Mialhe (Unesp) apresenta a pesquisa "A nacionalidade originária e a questão da dupla nacionalidade: *jus soli* e *jus sanguinis* em perspectiva histórica". O artigo traz à tona a nacionalidade originária frente aos trinta anos da Constituição brasileira de 1988 e a questão da dupla nacionalidade. Apresenta, também, um resgate da proposta de dupla nacionalidade elaborada pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em 1987, ignorada na redação do artigo 12 do texto original da Constituição de 1988 e posteriormente corrigida pela Emenda Constitucional de Revisão n° 3, de 7 de junho de 1994.

Lia Beatriz Teixeira Torraca (UFRJ) nomina sua investigação de "A estética da fé: ecos de uma democracia encurralada". A autora, por meio de uma aproximação entre Recep Tayyip Erdogan, atual Presidente da República da Turquia, e Marcelo Crivella, Prefeito do Rio de Janeiro, demonstra que a fé é capaz de transformar a percepção social, trazendo uma onda de abertura ou fechamento do sistema social; uma *estética de fé* que pode ser capaz de modificar radicalmente as formas do estado e da democracia.

Sebastião P. Mendes da Costa (UFPI) e Carlos Alberto Molinaro (PUC-RS) dedicam-se a investigar "Crenças, Religiões e Estado de Direito". O estudo busca estabelecer um diálogo entre o direito fundamental de liberdade religiosa e sua percepção com o direito cultural. Os autores sustentam que, no Estado Democrático de Direito, a religião deve conviver de forma harmônica com a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a justiça social e o pluralismo intercultural.

Felipe da Veiga Dias (PUC-RS) e Tamiris A. Gervasoni (Unisc) desenvolvem o artigo "A insustentabilidade da visão tradicional sobre direitos humanos nas questões de gênero: a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Rosendo Cantú *y otra versus* México". Os autores buscam pesquisar a insustentabilidade da perspectiva tradicional sobre os direitos humanos frente às questões de gênero partindo da atuação da Corte Interamericana de Direito Humanos, sopesando uma decisão que versa a respeito de violência de gênero contra mulher, destacando a importância da teoria crítica dos direitos humanos e de a respectiva Corte atuar neste sentido.

Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso (UCP) e Luísa Vanessa Carneiro da Costa (UCP) aprofundam-se no estudo do fluxo migratório em face da globalização com o artigo "A globalização e seus efeitos nas relações de poder: questões acerca da migração e suas formas de exploração", cogitando que o poder econômico é um fator preponderante ao tráfico de seres humanos e à exploração da migração.

Katarini Giroldo Miguel (UFMS) e Lynara Ojeda de Souza (UFMS) intitulam seu artigo "Jornalismo e Direitos Humanos: o agendamento do tema estupro no portal Campo Grande News (MS)". As autoras apresentam a relevância dos meios de comunicação frente aos Direitos Humanos, dando ênfase à temática do estupro, e a influência da mobilização social nesse processo, sinalizando para as possíveis alterações que ocorrem no agendamento dos temas quando no ciberespaço.

Pedro Pulzatto Peruzzo (PUC-Campinas) apresenta a resenha do livro "Introdução ao estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça", de autoria de Eduardo Carlos Bianca Bittar.

São vinte artigos que arrematam o difícil ciclo de 2018. Quanto ao novo ano ímpar que se aproxima, 2019, repleto de incertezas e medos, desejo força, luta, resistência, esperança e poesia aos professores-pesquisadores, alunos, técnicos que acreditam na ciência desenvolvida pela Universidade Pública como corpo de conhecimento capaz de potencializar a democratização e a humanização da democracia. Resistiremos!

Pegue um café e boa leitura!

Verão, 21 de dezembro de 2018, Dourados – MS.

**Tiago Resende Botelho**
Editor da Revista *Videre*
Professor da FADIR - UFGD

# O AGRONEGÓCIO NO BRASIL: UMA ANÁLISE CONTRA HEGEMÔNICA VOLTADA À SUSTENTABILIDADE E AO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

## *AGRIBUSINESS IN BRAZIL: A CONTRA HEGEMONIC ANALYSIS DIRECTED TO SUSTAINABILITY AND THE RIGHT TO DEVELOPMENT*

**Patrícia Spagnolo Parise Costa**[1]

**Estefânia Naiara da Silva Lino**[2]

**RESUMO:** O agronegócio é instrumento de grande desenvolvimento econômico para o País. As leis brasileiras impõem parâmetros para sua implementação, pautando-o na sustentabilidade. Contudo, será que, de fato, o agronegócio atende aos preceitos legais voltados à sustentabilidade e ao desenvolvimento em todas as suas esferas? Qual o papel do Estado e do Direito neste processo de preservação dos direitos humanos? Diante de tais questionamentos, tem-se com este estudo o objetivo de analisar, a partir de uma visão contra hegemônica, voltada à sustentabilidade e ao direito ao desenvolvimento, a prática do agronegócio no Brasil. Para tanto, valeu-se da pesquisa bibliográfica, do método de procedimento histórico e do método de abordagem dedutivo. Concluiu-se que o agronegócio nem sempre tem se pautado pela legislação, ou seja, tem ferido leis trabalhistas, causado danos ao meio ambiente, além de aumentar a pobreza e a fome no campo. Para que o agronegócio seja, de fato, bem-sucedido, o governo brasileiro há de pautar suas políticas públicas agrícolas nos critérios da responsabilidade do poder efetivo e na ética da responsabilidade. O Direito possui papel essencial neste processo de reflexão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao desenvolvimento. Desenvolvimento sustentável. Direitos humanos. Ética.

**ABSTRACT:** Agribusiness is an instrument of great economic development for Brazil. Brazilian laws impose parameters for its implementation, guiding it in sustainability. But, in fact, does agribusiness comply with the legal precepts of sustainability and development in all its spheres? What role do the State and Law play in this process

1 Doutoranda em Direito pela UNISINOS/RS; Mestre em Direito pela UNAERP de Ribeirão Preto/SP; Especialista em Direito Tributário pela PUC/GO; Graduada em Direito pela UniRV; Professora de Direito na Universidade de Rio Verde/GO. parise@unirv.edu.br

2 Doutora em Direito pela PUC/SP; Mestre em Direito pela UNITOLEDO de Araçatuba/SP; Graduada em Direito pela UEMS; Graduada em Administração pela UFMS; Advogada; Professora da Universidade de Rio Verde. estefanialino@msn.com

of preserving human rights? From these questions, this study aims to analyze agribusiness practice in Brazil, from a counter-hegemonic vision, concerned with sustainability and the right to development. We used bibliographical research, and the methods of historical procedure and deductive approach. The conclusion was that agribusiness does not always comply with legislation; it has violated labor laws, caused damage to the environment, and increased poverty and hunger in the countryside. In order to make agribusiness, in fact, successful, the Brazilian government has to base its agricultural public policies on the criteria of responsibility of effective power and the ethics of responsibility. Law plays an essential role in this process of reflection.

**KEYWORDS**: Right to development. Sustainable development. Human rights. Ethics.

## INTRODUÇÃO

O agronegócio no Brasil é um fator essencial para o crescimento econômico. Objeto de estudo do Direito do Agronegócio - o mais novo sub-ramo do Direito Comercial - vai além dos limites do campo, unindo as atividades agrícolas, as industriais e as de serviços. É importante para o Brasil e para o mundo todo. Deve, contudo, alinhar-se à ideia de segurança alimentar e de preservação do meio ambiente, com fundamento nos critérios da sustentabilidade e de forma a trazer o desenvolvimento em todas as suas esferas – econômica, social, política, cultural e, também, individual, concretizando, desta forma, os demais direitos fundamentais do homem.

Neste cenário, surge o questionamento se o agronegócio no Brasil se desenrola, de fato, dentro dos parâmetros da sustentabilidade e mais, se ele atua como instrumento de efetivação do direito ao desenvolvimento nas esferas econômica, social, cultural, política e individual, ou se, ao contrário, acaba sendo um agente causador de desigualdades, fundado em um modelo econômico hegemônico, preso às vantagens mercadológicas. Questiona-se, também, qual seria o papel do Estado e do Direito no processo de alinhamento entre as práticas sustentáveis, o direito ao desenvolvimento e as políticas públicas voltadas ao agronegócio.

Com o estudo objetiva-se, portanto, analisar se o agronegócio no Brasil tem se desenvolvido de forma alinhada com a sustentabilidade, tanto no prisma ambiental, quanto social, levando em consideração o fator humano. Pretende-se, ademais, avaliar se as políticas públicas implantadas pelo Estado têm sido efetivas na concretização de tal desiderato de sustentabilidade e do direito ao desenvolvimento em todas as suas esferas, bem como pontuar possíveis bases teóricas que possam contribuir para uma reflexão contra hegemônica em termos da atuação do Estado e do papel do Direito neste processo.

Quanto à metodologia utilizada para a condução do estudo, a técnica de pesquisa pauta-se na documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica.

Em relação ao método de procedimento, o estudo se vale do método histórico, na medida em que o percurso de formação do agronegócio e do Direito do Agronegócio no Brasil são fundamentais para se atingir os objetivos estipulados. O método de abordagem é o dedutivo.

O referencial teórico utilizado para buscar respostas ao problema de pesquisa tem respaldo em diversos referenciais teóricos, como Armatya Sen, Hans Jonas, Gladstone Leonel Júnior, Renato Buranello, Elizabete Maniglia, dentre outros. Ressalte-se que o estudo do tema mostra-se essencial no cenário brasileiro atual, na medida em que o agronegócio vem se fortalecendo e, portanto, paralelamente, as políticas públicas e as normas jurídicas dirigidas a ele devem ser pautadas em moldes sustentáveis e com vistas ao direito ao desenvolvimento em todas as suas nuanças.

## 1 O AGRONÉGÓCIO NO BRASIL

A importância do agronegócio para a economia brasileira é reconhecida mundialmente. Contudo, sua conceituação é um tanto complexa, uma vez que vai além dos limites do campo, unindo as atividades agrícolas, industriais e de serviços. Também é chamado de rede negocial pelos economistas.

Coelho (2013, p. 16) explica melhor tal conceito:

> O agronegócio não se limita, assim, especificamente à plantação e cultivo das *commodities* agrícolas (cana, soja, milho, trigo, café etc.), embora esta atividade esteja no centro da rede agronegocial. Também a integram a produção e comercialização de sementes, adubos e demais insumos, distribuição, armazenamento, logística, transporte, financiamento, conferência de qualidade e outros serviços, bem como o aproveitamento de resíduos de valor econômico. É, na verdade, a interligação racional de todas essas atividades econômicas que compõem o agronegócio, e não cada uma delas em separado. [...] O agronegócio é a rede em que se encontram o produtor rural (que sabe plantar e colher soja, mas não compreende e não quer se expor aos riscos da variação dos preços) e a *trading* (cuja *expertise* é o mercado internacional de *commodities* agrícolas, e os instrumentos financeiros que podem poupar os produtores rurais das oscilações dos preços). Cada um, cuidando daquilo que sabe fazer melhor, contribui para a plena eficiência da integração racional da rede de negócios.

O agronegócio constitui o objeto de estudo de um novo sub-ramo do Direito Comercial, o chamado Direito do Agronegócio, que cuida de institutos jurídicos típicos da relação entre empresários, contudo, não se confundindo com o Direito Agrário, pois seu objeto repousa sobre os usos da propriedade rural. Importante ainda ressaltar que o Direito do Agronegócio se apoia em princípios próprios, quais sejam: a) função social da cadeia agroindustrial: decorrente do princípio da função social da empresa, estabelece que as atividades econômicas exploradas na cadeia devam contribuir para a proteção do meio ambiente e para o aumento da produção de alimentos, bioenergia e fibras, com vistas aos desafios globais decorrentes do crescimento populacional, com o intuito de preservar a segurança alimentar; b) proteção da cadeia agroindustrial: de acordo com este princípio, a cadeia agroindustrial é um bem juridicamente protegido e isso se deve ao interesse nacional; c) desenvolvimento agroempresarial sustentável: estabelece que todas as atividades inerentes à agricultura, pecuária, exploração florestal e pesca devam ser pautadas no uso adequado da água, do solo, dos recursos genéticos animais e vegetais, também pressupondo os processos técnicos apropriados e economicamente equilibrados; d) integração das atividades em cadeia agroindustrial: segundo o qual o interesse na proteção da cadeia se sobrepõe aos interesses individuais dos empresários que a compõem (COELHO, 2013).

Deve-se ressaltar, a propósito dos princípios que norteiam o Direito do Agronegócio, que aquele definido como integração das atividades em cadeia agroindustrial vai mesmo além dos limites do Brasil, o interesse acaba sendo transnacional. Existem estudos e projeções que pontuam que a segurança alimentar do mundo todo depende do desenvolvimento do agronegócio no País. Para o autor, na medida em que a lei assegurar a proteção da cadeia sobre interesses individuais dos empresários que a compõem, estará assegurando os direitos de todos os povos e, também, das gerações futuras (COELHO, 2013).

É certo que o desenvolvimento está intimamente ligado à modernização da agricultura. Buranello (2013), traçando um histórico sobre a modernização da agricultura no Brasil, pontua que esta ocorreu durante a ditadura militar, por meio da retomada de políticas públicas focadas na criação de uma agricultura bastante técnica. Isso com vistas à "expansão das fronteiras agrícolas, concessão de créditos e subsídios para o setor, utilização de novas tecnologias e privilégios aos produtos de exportação ou vinculados a programas energéticos, como o Proálcool" (BURANELLO, 2013, p. 26).

De lá para cá, em virtude dos investimentos em pesquisa e inovação tecnológica, o Brasil vem se tornando um dos principais produtores e exportadores agrícolas do mundo, sendo que o agronegócio contribui para a formação de aproximadamente 30% do Produto Interno Bruto (BURANELLO, 2013).

Paralelamente, a legislação ambiental brasileira vem criando normas de proteção ao meio ambiente, de forma a garantir que o agronegócio se desenvolva nos parâmetros da sustentabilidade e que possa levar à concretização da segurança alimentar e ao direito ao desenvolvimento em todas as suas vertentes.

Lembrando que no âmbito do agronegócio também estão inseridas as práticas do setor de produção pecuária, o que requer legislações que imponham mecanismos de inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal, de forma a garantir o devido padrão de qualidade de forma a preservar o direito à alimentação saudável – corolário do direito à saúde e, por consequência, do desenvolvimento do indivíduo e da própria sociedade. Nesta seara encontram-se as leis n. 1.283/50 e 7.889/89, bem como o decreto nº 9.013/17.

Mas será que todas estas leis são respeitadas e o Estado tem implantado políticas que estejam condizentes com a efetivação da preservação do meio ambiente e dos direitos da pessoa? Ou será que, na realidade, as políticas públicas direcionadas ao agronegócio no País têm sucumbido às vantagens mercadológicas, que no final das contas agridem o meio ambiente, geram desigualdades e pior, ao invés de concretizar o direito ao desenvolvimento em todas as suas esferas, acabam tendo por foco somente o enriquecimento dos empresários componentes das redes, em detrimento dos pequenos produtores e da agricultura familiar?

Maniglia (2009) alega que, diante de toda a riqueza angariada no âmbito do agronegócio, persiste a fome e a miséria de milhares de estabelecimentos que não produzem, seus condutores vivem em situação de pobreza, não são alfabetizados e não há sequer perspectiva de melhora para a situação. A autora explica, também, que os defensores do agronegócio possuem ciência da miséria brasileira

no campo, mas atribuem responsabilidade exclusiva ao poder público, além de se preocuparem apenas com os seus lucros e com o aumento da produção. Acreditam que, desta forma, estão contribuindo para a erradicação da pobreza.

De fato, a condução do agronegócio é que é o problema, porque o produtor envolvido na rede passa pela concorrência internacional, já que seu produto é de exportação. Muitas vezes, concorre, inclusive, com o produto importado. Na ânsia de não tomar prejuízo, "efetivam suas práticas agrárias em ofensiva ao meio ambiente, estendem suas áreas, criam conflitos de terras, usam agrotóxicos indiscriminadamente, empregam trabalhadores em condições precárias ou desempregam a população local" (MANIGLIA, 2009, p. 188).

Leonel Júnior (2016) aponta que as empresas estrangeiras, em especial, assumiram o comércio agrícola e as indústrias brasileiras, controlando preços, estoques e o abastecimento alimentar no País. Contudo, sob um discurso de modernização da agricultura através das grandes unidades produtivas, têm excluído a agricultura familiar e aos trabalhadores rurais, em geral, tem restado a alternativa de migrar para os centros urbanos. O autor leciona, ainda, que o campo brasileiro tem sido alvo de muitas experiências conturbadas e questionáveis, sob o argumento de se buscar uma maior evolução científica e implantação de tecnologias de ponta, como a produção de grãos transgênicos. O autor ainda ressalta que, apesar da necessidade de mais estudos e pesquisas sobre os impactos das sementes transgênicas na saúde humana, o interesse de lucratividade de grandes empresas ligadas à transgenia acaba deixando em segundo plano o direito à segurança alimentar. Ademais, um maior desenvolvimento tecnológico e científico não representa, necessariamente, melhoria de vida para as pessoas. Os impactos advindos da utilização de sementes transgênicas mostram-se cada vez mais controversos e potencializadores de danos. A política de desenvolvimento dos transgênicos não interessa àqueles que lutam por uma agricultura justa, de qualidade e condizente com os direitos humanos.

Pois bem, surge a necessidade de uma reflexão que venha a quebrar esse paradigma hegemônico em que se encontra a prática do agronegócio no Brasil.

O Estado precisa realizar uma real fiscalização do cumprimento das leis ambientais e trabalhistas que permeiam as redes e, de fato, punir as empresas que violam o meio ambiente e adotam o trabalho análogo ao escravo, impedindo que tomem empréstimo de dinheiro público, a exemplo do que preconiza a Resolução n. 3545 do Conselho Monetário Nacional/BACEN, que exige documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes para fins de financiamento agropecuário na região da Amazônia (BACEN, 2008).

Além disso, políticas públicas voltadas à agricultura familiar precisam ser implantadas de forma a se evitar a fome e a miséria no campo. Tudo de acordo com as leis ambientais. Somente desta forma, o agronegócio estará apto a, de fato, propiciar o desenvolvimento em todas as suas dimensões, dentro dos parâmetros da sustentabilidade.

Nesta seara, abre-se um parêntese para pontuar que o próprio poder público, em diversas situações, acaba sendo condescendente com os produtores da

rede em práticas lesivas aos direitos humanos e ao meio ambiente, a exemplo da reportagem publicada em 23/07/2017 pelo jornal O Globo, informando sobre a troca de favores entre o Presidente Temer e bancada ruralista da Câmara dos Deputados para conquistar apoio na votação que decidiria se a acusação de corrupção contra ele iria para o Supremo Tribunal Federal ou não. No centro das negociações, figuraria a agenda ambiental, incluindo medidas de flexibilização de regras de licenciamento ambiental, liberação de agrotóxicos, venda de terras para estrangeiros, além da preparação de uma medida provisória com intuito de anistiar multas, conceder descontos e prazos maiores para pagamento das dívidas bilionárias de produtores ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – Funrural (O GLOBO, 2017).

Outro exemplo ligado à omissão do Estado na esfera do agronegócio é o da notícia divulgada em 17/12/2016, pelo Boletim de Notícias Consultor Jurídico, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) responsabilizou o Brasil internacionalmente por não prevenir a prática de trabalho escravo moderno no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (CONJUR, 2016, n.p.). A nota do Boletim ainda informou que:

> O Estado brasileiro tem um ano para indenizar cada uma das 128 vítimas resgatadas durante fiscalizações do Ministério Público do Trabalho na Fazenda Brasil Verde, no sul do Pará, nos anos de 1997 e 2000. Somente nessa fazenda, mais de 300 trabalhadores foram resgatados, entre 1989 e 2002. Em 1988, houve uma denúncia da prática de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, no Pará, e o desaparecimento de dois adolescentes que teriam tentado fugir.
>
> Ainda segundo a Corte, o Poder Judiciário é cúmplice da discriminação desses trabalhadores escravizados. As reparações vão custar aos cofres públicos cerca de US$ 5 milhões [...] (CONJUR, 2016, n.p.).

A propósito do trabalho escravo, há de se mencionar a reportagem da Revista Veja acerca da lista suja de trabalho escravo, publicada em 24/03/2017. A referida lista, que não era divulgada desde 2014, voltou a ser publicada pelo governo federal depois de uma longa batalha judicial e de uma denúncia contra o Brasil na sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, na Suíça (VEJA, 2017, n.p.).

Diante destes exemplos, observa-se que o Estado precisa repensar seu papel na seara das políticas públicas voltadas ao agronegócio.

E para que se prossiga a tal discussão, necessário se faz analisar os elementos que se entrelaçam com o agronegócio e que devem orientar suas práticas.

## 2 AGRONEGÓCIO, DESENVOLVIMENTO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Não há como olvidar que o agronegócio tem desempenhado importante papel para o desenvolvimento econômico brasileiro. Contudo, o termo desenvolvimento vai além do aspecto econômico, tal conceito envolve um conteúdo bem mais amplo do que possa parecer.

Desenvolvimento, segundo Sen (2010), se coaduna com a expansão das liberdades substantivas. Para o autor, o desenvolvimento denota um processo de expansão das liberdades que os sujeitos desfrutam. A expansão das liberdades humanas é vista, de

maneira concomitante, como o fim primordial (ou papel constitutivo) e como o principal meio do desenvolvimento (ou papel instrumental).

A função constitutiva, para Sen (2010), diz respeito à importância da chamada liberdade substantiva para o engrandecimento da vida. As liberdades substantivas incluem diversas capacidades, como a de evitar privações como a fome e mortalidade prematura, ou educação, saúde, alimentação equilibrada etc.

Paralelamente, a eficácia da liberdade em seu papel instrumental apresenta-se na inter-relação entre diferentes tipos de liberdade, o que significa que um tipo de liberdade pode contribuir para liberdades de outros tipos: liberdades políticas (incluem os direitos políticos associados à democracia); facilidades econômicas (oportunidades que as pessoas têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca); oportunidades sociais (disposições estabelecidas pela sociedade, por exemplo, nas áreas da saúde e educação, que influenciam a liberdade de o indivíduo ter uma vida melhor); garantias de transparência (como inibidoras da corrupção, da ilicitude e da irresponsabilidade financeira); segurança protetora (com o intuito de viabilizar uma rede de segurança social, impedindo que os vulneráveis sejam reduzidos à miséria abjeta, à fome e à morte). Em suma, o desenvolvimento é o processo de expansão das liberdades humanas, que se dá pelo alinhamento da função constitutiva e a instrumental da liberdade (SEN, 2010).

Aprofundando-se um pouco mais na teoria de Armatya Sen, vale pontuar que esta se encontra fundada na ideia de desenvolvimento como liberdade, a partir do que ele chama de capacidades e funcionamentos (***capability approach***). Os funcionamentos (cujo conceito possui suas raízes na obra de Aristóteles) designam as diversas coisas que os indivíduos podem considerar como valioso ter ou fazer (ser nutrido, livre de doenças evitáveis, atividades, respeito próprio etc.). As capacidades, por sua vez, são as liberdades substantivas de realizar combinações de funcionamentos, ou seja, liberdades para ter estilos de vida diferentes (SEN, 2010).

> O enfoque avaliatório dessa "abordagem da capacidade" pode ser sobre os funcionamentos *realizados* (o que uma pessoa realmente faz) ou sobre o *conjunto capacitário* de alternativas que ela tem (suas oportunidades reais). Em cada caso há tipos diferentes de informações – no primeiro, sobre as coisas que uma pessoa faz, e, no segundo, sobre as coisas que a pessoa é substancialmente livre para fazer (SEN, 2010, p. 105-106).

Importante colocar outros aspectos da teoria de Sen (2011) que se alinham com a *capability approach* e com a proposta do presente estudo, que é a de pontuar formas de se ampliar o agronegócio no Brasil, nos parâmetros de sustentabilidade e de forma condizente com o desenvolvimento social e ao direito ao desenvolvimento.

Entre eles, o conceito de discussão pública de Sen (2011), com vistas ao ajuste e à correção do comportamento no que tange ao que foi acordado com as instituições sociais. Este é um elemento que se entrelaça com a noção de imaginação institucional/experimentalismo democrático de Unger (2004), cuja crença é a de que para se criar futuros alternativos para a sociedade, deve-se ser capaz de imaginá-los e discuti-los, a partir da prática do debate público, numa democracia. Neste contexto, tanto Unger como Sen defendem o papel ativo da sociedade civil no processo, devidamente alinhada à ideia de gestão local, instrumento de aproximação dos sujeitos sociais às políticas públicas.

Visualizando alternativas para o fortalecimento da sociedade civil, Unger (2004) propõe a sua organização com fundamento em vizinhança, trabalho ou preocupações e responsabilidades compartilhadas, bem como a criação de normas e redes de vida em grupo fora do Estado, paralelas ao Estado e inteiramente livres de influência estatal. O intuito de tal arranjo é o de fomentar o debate acerca das necessidades das comunidades locais em termos de políticas públicas. É importante propiciar a aproximação entre tais esferas de sociedade civil organizada e os conselhos gestores dos municípios, de forma a forçar uma maior transparência e uma atuação mais dinâmica no setor agrícola e no ambiental. O autor aponta, também, o essencial papel do Direito na construção de novos paradigmas, unindo as condições de progresso material e emancipação individual. Imagina a reflexão jurídica como o fio condutor dessa proposta, desde que desgarrada do que ele chama de fetichismo institucional, ou seja, na crença em concepções institucionais abstratas como uma expressão institucional única, natural e necessária.

É justamente nesta esfera que precisa ser repensado o agronegócio no Brasil. As ideias de Sen e de Unger podem vir a sensibilizar as práticas do agronegócio, na medida em que convergem para a importância do estabelecimento de políticas públicas no setor que possam satisfazer tanto os grandes produtores como a agricultura familiar.

Ainda há de se acrescentar que a ideia de responsabilidade do poder efetivo é aspecto relevante no processo de estabelecimento de políticas públicas nos diversos setores da vida e, no caso em tela, no setor agropecuário. Consiste no argumento de que "se alguém tem o poder de fazer a diferença na redução da injustiça no mundo, então há um forte e fundamentado argumento para que faça exatamente isso" (SEN, 2011, p. 305).

Em outras palavras, quando se tem consciência dessa responsabilidade em virtude do poder efetivo, é possível ajudar na promoção da liberdade de todos em uma sociedade. Ressalte-se que tal argumento distancia-se da noção de benefício mútuo, característico do contratualismo e, sem dúvidas, pode vir a ser um fator de reflexão com o intuito de sensibilizar as redes de agronegócio no Brasil, de forma a que desenvolvam suas atividades de maneira sustentável, com respeito às normas trabalhistas e de forma a conviver, inclusive, com a agricultura familiar. Desta forma, o direito ao desenvolvimento poderá se tornar efetivo.

A propósito do direito ao desenvolvimento, Peixinho e Ferraro (2015) explicam que se trata de um direito de terceira dimensão, uma categoria de direito de solidariedade, que foi firmado na década de 1960 e positivado na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas de 1986, sendo confirmado na Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993. Trata-se de um direito fundamental inalienável, que, inclusive, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 3º da Constituição Federal.

O direito ao desenvolvimento cabe a todos os brasileiros, indistintamente. Sejam grandes ou médios e pequenos produtores, sejam empresários das redes do agronegócio ou camponeses da agricultura familiar.

## 3 A IDEIA DE SUSTENTABILIDADE

Muito se fala sobre sustentabilidade. Que o agronegócio precisa fundar-se em práticas sustentáveis. Tais colocações acabam sendo direcionadas, na maioria das vezes, para a sustentabilidade ambiental. Entretanto, a palavra sustentabilidade não pode ser entendida somente sob o ponto de vista ecológico já que, de fato, possui vertentes múltiplas às quais o Estado deve atentar-se enquanto detentor do papel de proteção dos direitos fundamentais, dentre eles: o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a alimentação saudável e o direito ao desenvolvimento.

Neste contexto, Sachs (2002, p. 85-87) ensina as diversas concepções de sustentabilidade que o Estado deve observar para orientar suas ações:

> Sustentabilidade social, por meio da distribuição de uma renda justa, patamar de homogeneidade social razoável, emprego pleno e/ou autônomo com vida decente, igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais.
>
> A sustentabilidade cultural com capacidade de autonomia para elaboração de um projeto nacional integrado e endógeno (em oposição a cópias servis dos modelos alienígenas), mudança no interior da continuidade (equilíbrio entre respeito à tradição e inovação), autoconfiança combinada com a abertura para o mundo.
>
> Sustentabilidade ambiental, respeitar e realçar a capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais.
>
> Sustentabilidade econômica, desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado, segurança alimentar, capacidade de modernização contínua. Dos instrumentos de produção, razoável nível de pesquisa científica e tecnológica e inserção soberana na economia internacional.
>
> Sustentabilidade política, democracia definida em termos de apropriação universal dos Direitos Humanos, desenvolvimento da capacidade do Estado de implementar o projeto nacional em parceria com todos os empreendedores, um nível razoável de coesão social.
>
> Sustentabilidade da política internacional, eficácia do sistema de prevenção de guerra da ONU, na garantia da paz e na promoção da cooperação internacional. Pacote de desenvolvimento firmado em regras baseadas em igualdade. Controle institucional efetivo do sistema internacional financeiro e de negócios, controle institucional efetivo da aplicação do princípio da precaução do meio ambiente.

Note-se, assim, que para que o Estado atue efetivamente na proteção dos direitos fundamentais estará "adstrito a uma série de normatizações, fatores internacionais, variáveis múltiplas nas relações entre pobres e ricos, concepções do progresso, pressões das grandes empresas, o que dificulta e obstrui, muitas vezes, os objetivos daquilo a que se propõe como meta" (MANIGLIA, 2009, p. 122).

Em tal seara, emerge como fator essencial para a superação de tais dificuldades resultantes das variáveis múltiplas a participação da sociedade civil e a responsabilidade do poder efetivo, enquanto instrumentos de ruptura de posturas hegemônicas nas práticas do agronegócio.

O agronegócio, sendo processado a partir da reflexão sobre os mecanismos de produção, em que a economia caminhe junto com a ecologia e a sustentabilidade social, pode e deve ser executado. Há de se ressaltar que diversas empresas agrícolas têm atuado na produção limpa, sustentável, a exemplo das empresas agrícolas de café de Cornélio Procópio e de açúcar de Sertãozinho. Dessa forma, ganham dinheiro, selos internacionais, incentivos que se convertem em benefícios para as próprias empresas. Por outro lado, existem outras, em Santa Catarina, que atuam voltadas para o comércio exterior, sem sustentabilidade alguma, contaminando o solo e as águas com dejetos suínos (MANIGLIA, 2009).

Desta forma, ainda no entender de Maniglia (2009, p. 189), "o agronegócio é vilão quando seu modelo é de destruição ambiental e humana. Com políticas públicas atuantes, pode-se convertê-lo em outro papel, desde que não concentre terras, nem gere desigualdades".

> É preciso educar o povo para demonstrar que a terra não é reserva de valor, não deve ser explorada, mas utilizada de forma sustentável. Deve ser ela o meio de sobrevivência das gerações, merecendo tratamento diferenciado. A agricultura é o meio de alimentação universal de interesse público, portanto, suas normas devem atender aos clamores sociais e não ao interesse de grupos (MANIGLIA, 2009, p. 190).

Portanto, é necessário refletir sobre a criação de políticas públicas que contemplem mudanças e incentivos ao meio rural, que possam criar oportunidades a todos os atores do campo. É possível que todos os envolvidos no processo possam se beneficiar com uma política agrícola garantidora de direitos a toda a população rural.

## 4 ÉTICA E AGRONEGÓCIO

A humanidade tem à sua disposição, nos dias de hoje, um arsenal tecnológico até então inimaginável. A ação humana tem propiciado tantas inovações, inclusive no campo, em atendimento ao agronegócio, que acabou criando um cenário em que novos dilemas éticos surgem a cada dia. As novas tecnologias no campo, além de elitizadas, levantam questionamentos até mesmo em relação à própria saúde humana e do bioma.

O fato é que os conceitos éticos tradicionais já não respondem mais a estes desafios. De acordo com Jonas (2006), nem mesmo a ética fundada no amor ao próximo, nutrida dos sentimentos de justiça, misericórdia, honradez, têm se mostrado efetiva para operar nesse novo contexto.

Trata-se da sobreposição do *homo faber* sobre o *homo sapiens:* "o triunfo do *homo faber* sobre o seu objeto externo significou, ao mesmo tempo, o seu triunfo na constituição interna de *homo sapiens*, da qual outrora ele costumava ser uma parte servil" (JONAS, 2006, p. 43).

E para ilustrar tal observação, Fonseca (2009) pontua alguns aspectos da obra de Hans Jonas que se entrelaçam com as novas tecnologias: a própria alimentação, tema suscitado em virtude do aumento demográfico, o que vai exigir maior exploração dos solos, recursos mais intensos e adubos artificiais, provocando a contaminação química dos mananciais; por outras causas, a salinização do solo, erosão, as chuvas ácidas e

outros; o das matérias- primas que, ao nível em que são exploradas, não são inesgotáveis.

Jonas (2006) propõe, então, uma filosofia da tecnologia, ou seja, a criação de uma ética do futuro, fundada em uma nova orientação política. Assim, elege a responsabilidade como princípio fulcral para orientar a ação humana e fundamentar uma ética para a era tecnológica.

Barreto (2013, p. 326) explica sobre a ética da responsabilidade em Hans Jonas:

> A inovação de uma ética da responsabilidade dirigida ao futuro consiste na obrigação de não deixarmos que o futuro longínquo cuide de si mesmo. A responsabilidade possui um caráter total, em que há uma relação de cuidado contínua. O exercício da responsabilidade não pode ser interrompido. Hans Jonas compara a responsabilidade orientada para o futuro com a responsabilidade dos pais ou do governo. O cuidado dos pais ou do governo não pode tirar férias. [...] a responsabilidade orientada para o futuro exige do governante políticas públicas que preservem as condições de existência daqueles que estão por vir. Para tanto, deverão ser realizadas projeções do futuro para a tomada de decisões no presente.

Veja-se, então, que nesta perspectiva ética, o homem assume a responsabilidade de cuidar daquele que está por vir, ou seja, toma para si a obrigação moral de preservar a liberdade das próximas gerações. E é exatamente este o papel que o Estado brasileiro deve abraçar ao traçar políticas públicas para o setor agrícola, de forma a propiciar, paralelamente a um agronegócio realmente sustentável, mecanismos voltados também aos pequenos agricultores, de forma a minimizar a pobreza no campo e a fome. Desta forma, todos podem usufruir o direito ao desenvolvimento em todas as suas esferas.

## 5 O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NO PROCESSO DE ALINHAMENTO ENTRE AS PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS, O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO SETOR DO AGRONEGÓCIO

O Direito é elemento fulcral para propiciar o alinhamento entre sustentabilidade, direito ao desenvolvimento e a definição das políticas públicas direcionadas às práticas do agronegócio, de forma que este venha a se desenvolver em um patamar de respeito aos direitos fundamentais.

O papel do Direito deve ser repensado a partir de uma perspectiva contra hegemônica, diferente dos atuais moldes em que atua – como instrumento de opressão. A realidade brasileira, já tão desgastada pela miséria e pela desigualdade, já não tem mais como se submeter a um Direito hegemônico, distante da realidade social de seu povo.

Leonel Júnior (2016) acredita que o Direito deve ser usado em defesa dos povos e que o enfrentamento à política agrária dirigida ao agronegócio é tarefa do jurista comprometido com seu povo, de forma a conceber um projeto social que leve em conta o potencial humano e não as vontades do mercado.

Nesta mesma linha de pensamento, Maniglia (2009, p. 117) alerta que é preciso lembrar que "as novas concepções sobre o papel do Estado e das normas jurídicas no mundo contemporâneo são fundamentais para a realização do bem comum".

Vale acrescentar que:

> O direito como agente de justiça social deve ser o grande impulsionador da formação da cidadania. A cidadania passa pelo ser pessoa – ninguém pode ser cidadão sem ser pessoa. O político e o jurídico têm um pré-requisito existencial. A cidadania acresce o ser pessoa, projeta no político, no comunitário, no social e no jurídico a condição de ser pessoa. Não há como florescer a cidadania se não se realizam as condições de humanismo existencial (HERKENHOFF, 2001, p. 88).

Herkenhoff (2001, p. 89) prossegue em suas pontuações, afirmando que no mundo muitos não podem ser pessoas, ao contrário, são párias na escala social, na medida em que:

> [...] estão à margem de qualquer direito, à margem do alimento que a terra produz, à margem do trabalho e do emprego, à margem do mercado, à margem da participação política, à margem da cultura, à margem da fraternidade, à margem do passado, do presente e do futuro, à margem da história, à margem da esperança. Essa é a face negativa da cidadania, criada por modelo socioeconômico de cunho internacional que revela a fome e a miséria dos povos.

Reforçando a necessidade de se repensar o papel do Direito neste contexto, Santos (2002) pontua que cabe ao Direito o papel de gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices advindos da modernidade ocidental. Trata-se da crise paradigmática inerente ao Direito, que se coloca entre regulação e emancipação.

O Estado brasileiro, portanto, precisa revestir-se de responsabilidade para com a parcela da população pária, fazendo uso do Direito em uma perspectiva contra hegemônica, de forma a atender, de fato, às necessidades sociais. No cenário do agronegócio, tal postura é essencial. A riqueza é deveras importante para um povo, mas não deve sobrepujar a pessoa. Sucumbir aos benefícios puramente mercadológicos é desconsiderar o ser humano como o fim maior de toda a atuação do Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agronegócio é, inegavelmente, fator de essencial importância para o crescimento econômico do País. Desde que implantado e desenvolvido de forma sustentável e voltado à preservação dos direitos humanos, há de ser valorizado na proporção de sua expressividade para o desenvolvimento.

Contudo, não é razoável imaginar o desenvolvimento somente no cenário econômico, com o enriquecimento de poucos e o empobrecimento de muitos. Há de se propor ações sérias no sentido de se entrelaçar as práticas do agronegócio com o real sentido do desenvolvimento nas esferas social, política, cultural e mesmo individual, e do próprio direito ao desenvolvimento na condição de inalienabilidade. Somente desta forma há de se falar em desenvolvimento e sustentabilidade em suas acepções mais amplas.

O governo brasileiro tem deixado aquém tais preceitos ao apoiar as políticas públicas no setor agrícola em atendimento a permutas de cunho político, valorizando mais os aspectos econômicos do que os humanos. Dessa forma, tem permitido lesões ao meio ambiente por meio de leis permissivas e não tem investido

na concretização dos direitos das pessoas do campo, que vivem em contexto de extrema pobreza.

Neste cenário, emerge a importância dos conceitos de responsabilidade do poder efetivo de Armatya Sen e da ética da responsabilidade proposto por Hans Jonas. Sobre a primeira acepção, há de se pensar na responsabilidade que cada ser humano tem como detentor da oportunidade de implantar as ações que possam trazer melhoras para os outros. E na perspectiva de Jonas, é preciso planejar as ações do presente com vistas às possíveis consequências futuras, de forma a preservar os direitos das próximas gerações.

Assim, deve atuar o Estado brasileiro na criação de políticas públicas no setor agrícola de forma ética e responsável, com vistas a propiciar o desenvolvimento sustentável em todas as suas esferas e de forma que tanto os grandes produtores da rede como os pequenos produtores e os camponeses possam ter acesso a uma vida digna no que concerne a trabalho, alimentação, saúde e ambiente ecologicamente equilibrado. O fator econômico não pode preponderar sobre o humano.

O papel do Direito nesse processo é imprescindível. É preciso haver uma reflexão no âmbito da Ciência Jurídica e compreender que ação do jurista vai além do uso que lhe direciona o Estado. Há de se romper com a atuação hegemônica em termos de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento. Isso cabe tanto ao Estado como ao Direito. Somente assim pode-se pensar, de fato, em justiça social no âmbito econômico e, em específico, das práticas do agronegócio.

# REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 1.283, de 18 de dezembro de 1950. Dispõe sobre a inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1283.htm>. Acesso em: 20 jul 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.889, de 23 de novembro de 1989. Dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7889.htm>. Acesso em: 20 jul 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 9.013, de 29 de março de 2017. Regulamenta a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950, e a Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõem sobre a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm>. Acesso em 20 jul 2017.

BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, F. U. Prefácio. In: *Manual do direito do agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. *Resolução n. 3545 de 29 de fevereiro de 2008*. Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res_3545_v1_o.pdf>. Acesso em 27 fev 2017.

CONJUR. Em decisão inédita, Corte Interamericana condena Brasil por trabalho escravo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-17/brasil-condenado-corte-interamericana-trabalho-escravo>.Acesso em 17/12/2016.

FONSECA, Flaviano Oliveira. Hans Jonas: ética para a civilização tecnológica. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas,* n. 5/6. Vitória da Conquista-BA, 2009, p. 151-168.

HERKENHOFF, J. B. *Para onde vai o direito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

JONAS, H. *O princípio responsabilidade:* ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; Editora PUC-Rio, 2006.

LEONEL JÚNIOR, G. *Direito à agroecologia: a viabilidade e os entraves de uma prática agrícola sustentável.* 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

MANIGLIA, E. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar.* São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

O GLOBO. De olho em 211 votos do agronegócio, Temer ameaça política ambiental: bancada ruralista representa 41% dos parlamentares da Câmara. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/de-olho-em-211-votos-do-agronegocio-temer-ameaca-politica-ambiental-21621738>. Acesso em 23 jul 2017.

PEIXINHO, M.M.; FERRARO, S.A. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. *XXIV Congresso do CONPEDI.* Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf.>. Acesso em: 27 fev 2017.

VEJA. Após denúncia, governo publica 'lista suja' de trabalho escravo: publicação da lista estava suspensa desde 2014 por decisão judicial. <http://veja.abril.com.br/economia/apos-denuncia-governo-publica-lista-suja-de-trabalho-escravo/ >. Acesso em: 01 jul 2017.

SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável.* Org. Paula Ione Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática.* 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, A. *A ideia de justiça.* Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia.* Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

RECEBIDO EM: 10/12/2017
APROVADO EM: 08/05/2018

# TUTELA JURÍDICA DOS ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS E EXPLORAÇÃO DA BIODIVERSIDADE EM GOIÁS: A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

## *LEGAL TREATMENT OF LOCAL PRODUCTIVE ARRANGEMENTS AND THE EXPLOITATION OF BIODIVERSITY IN GOIÁS: THE LEGAL PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY AS A MECHANISM FOR DEVELOPMENT OF TRADITIONAL COMMUNITIES*

**Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega**[1]

**Ana Sofia Alencar Lambert**[2]

**RESUMO:** O presente estudo faz uma análise dos direitos de propriedade intelectual como instrumento para emancipação das comunidades tradicionais no Estado de Goiás, notadamente daquelas organizadas em Arranjos Produtivos Locais – APLs, explorando-se o conceito e o tratamento jurídico de tais comunidades. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental que adota como fundamento a teoria de Amartya Sen sobre o conceito de desenvolvimento, entendido como concretização da qualidade de vida humana. Vale-se, ainda, do estudo do conceito de APLs e de sua importância para o reconhecimento das comunidades locais, bem como se procede, sinteticamente, à análise do que são os direitos de propriedade intelectual. Ademais, busca-se demonstrar a importância da tutela jurídica dos saberes tradicionais para o autorreconhecimento das coletividades nativas e para a preservação da sociodiversidade brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade intelectual. Arranjos produtivos locais. Desenvolvimento sustentável. Comunidades tradicionais.

**ABSTRACT:** The present study analyzes intellectual property rights as an instrument for the emancipation of traditional communities within the State of Goiás, especially those organized around Local Productive Arrangements (LPAs). To do so, the concept of traditional communities and their treatment by the Law is explored. This study is a bibliographical and documentary research based on Amartya Sen's reflections about the concept of development, which should be understood as concretization of human quality of life. Also, this article explores the concept of LPAs and their importance for

1 Mestre e doutora em Direito pela PUC SP, Pós doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra, Professora nos Programas de pós graduação em Direito Agrário da UFG e em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. mcvidotte@gmail.com

2 Advogada, especialista em Direito, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. anasofialambert@gmail.com

the recognition of local communities, and analyzes, briefly, the concept of intellectual property rights. In addition, the present paper seeks to demonstrate the importance of traditional knowledge's legal protection for the self-recognition of native communities and also to the preservation of Brazilian sociodiversity.

**KEYWORDS:** Intellectual property. Local productive arrangements. Sustainable development. Traditional communities.

## INTRODUÇÃO

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento em 1992 - ECO 92, ratificada no Brasil em 1994, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de biodiversidade e de participação das coletividades tradicionais na percepção dos benefícios das biotecnologias por elas produzidas, como forma de reconhecimento das identidades de tais comunidades.

O alto valor econômico de alguns saberes, que estão por trás de grande parte da biotecnologia utilizada no país, acaba por despertar o interesse do capital, havendo a necessidade de resguardá-los. Por um lado, o auto-reconhecimento das populações locais está intimamente ligado à proteção do conhecimento, técnicas produtivas e hábitos culturais dos povos nativos sobre o meio ambiente. Por outro, o valor econômico possibilita o crescimento patrimonial de referidas comunidades, oferecendo recursos que permitem melhor qualidade de vida.

Com o objetivo de atender às necessidades de proteção do conhecimento técnico científico das grandes empresas estrangeiras, implementou-se uma política internacional de patentes, destacando-se as TRIPS – Trade Related Intellectual Property Rights – formuladas pela Organização Mundial de Comércio - OMC em 1994. Tal acordo determinava maior rigor aos países quanto à proteção da propriedade intelectual relativa a pesquisas e conhecimentos técnico-científicos, beneficiando, assim, as empresas estrangeiras possuidoras de tecnologia em detrimento das coletividades detentoras dos conhecimentos tradicionais.

Embora o acordo em epígrafe gere verdadeiro retrocesso na emancipação das coletividades nativas, a legislação brasileira, com o intuito de regulamentar os saberes tradicionais, expediu a Medida Provisória 2.186-16/2001, posteriormente revogada pela Lei 13123 de 2015 e o Decreto n. 8772 de 2016. Baseada nas premissas disciplinadas pela Convenção da Diversidade Biológica, estabelecida durante o ECO 92, previu a necessidade de aprovação e participação dos detentores do recurso genético a ser patenteado, assim como a repartição justa e equitativa de seus benefícios.

A referida lei e seu decreto regulamentar que hoje disciplinam o acesso e uso do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados , assim como a repartição dos benefícios dele decorrentes significou grande retrocesso para os interesses das comunidades tradicionais, embora preserve com muitas restrições a repartição de benefícios. Em total desacordo com a ordem jurídica internacional contraria em diversos aspectos a Convenção de Diversidade Biológica, o Protocolo de Nagoya e a Convenção 169 da OIT, notadamente aqueles referentes aos direitos de consulta prévia, consentimento prévio livre e informado e repartição de benefícios.

As comunidades detentoras dos conhecimentos e técnicas tradicionais encontram-se muitas vezes agrupadas em centros de produção solidária e de cooperação. Os Arranjos Produtivos Locais ou APLs, como são chamados, consistem em aglomerações territoriais de agentes econômicos, políticos e sociais, direcionados à realização de atividades específicas ligadas a determinado setor da economia. Trata-se de uma política pública de organização econômica para fomentar a sustentabilidade das comunidades tradicionais.

Importante questão a ser debatida no âmbito dos APLs está na aplicação dos direitos de propriedade intelectual aos produtos ali produzidos, destacando-se as indicações de origem do produto comercializado. O direito, aqui entendido como instrumento para o fortalecimento das comunidades tradicionais e de seus conhecimentos sobre a disposição dos recursos naturais, deve ser compreendido em sua faceta mais democrática e inclusiva para promover a defesa das economias de pequena escala, arranjadas, plurais e autosustentáveis, visando a garantir a preservação das diversidades culturais locais e dos recursos naturais.

Nesse sentido, tem-se por objetivos estudar os direitos de propriedade intelectual como forma de desenvolvimento das comunidades tradicionais e a possibilidade de organização em APLs no Estado de Goiás, identificando os instrumentos legais como meio de preservação dos conhecimentos tradicionais e recursos naturais. Reflete-se sobre os resultados do uso de referidos direitos no fortalecimento das identidades culturais e na agregação de valores aos produtos e aos serviços oferecidos, promovendo os diversos setores produtivos a partir de valores da cultura local.

Parte-se de matriz teórica proposta por Amartya Sen, sem prejuízo de outros autores, quanto à perspectiva de desenvolvimento humano, que não se restringe ao mero crescimento econômico. Dessa forma, o avanço oportunizado pelo reconhecimento de direitos de propriedade intelectual às comunidades locais, que se aglomeram em centros produtivos tais quais os APLs, necessita ser compreendido em seu viés emancipatório. Deve-se utilizar o próprio sistema jurídico – que vem sendo aplicado como meio para a manutenção das situações hegemônicas no País e no mundo – para a emancipação das coletividades tradicionais.

Em Goiás, existem hoje 49 arranjos produtivos locais identificados, dentre eles APLs voltados para agricultura e desenvolvimento agrícola. Percebe-se, assim, a relevância de tais agrupamentos como possibilidade para a afirmação cultural e econômica dessas coletividades tradicionais no cenário econômico goiano, onde a atividade agrícola apresenta significativo relevo.

A pesquisa vale-se do método dedutivo, partindo das premissas estabelecidas pela Constituição Federal, das noções de desenvolvimento econômico como emancipação e reafirmação, de Amartya Sen e de outros como Stavenhagen e Little  e dos estudos sobre as comunidades tradicionais, para ao final fazer uma inter-relação entre APLs, propriedade industrial, emancipação dos grupos tradicionais do Estado de Goiás e sustentabilidade. Ademais, espera-se provocar uma reflexão acerca da prospecção de soluções jurídicas e de novos instrumentos jurídicos para o estímulo ao desenvolvimento e construção da identidade cultural.

# 1 – TUTELA JURÍDICA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

O reconhecimento das comunidades tradicionais, no direito brasileiro, é resultado de processo que teve início na seara internacional, a partir dos crescentes debates que acompanharam as pressões sociais e luta dos grupos marginalizados. As discussões sobre a visibilidade de tais agrupamentos não é tema novo no direito internacional, sendo possível identificar diplomas normativos que remontam à década de 1940 e 1950.

Como exemplo, aponta-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispôs sobre os direitos culturais, concebendo-os como garantia do meio social no qual o cidadão se encontra inserido. A partir de então, passou-se a exigir dos Estados signatários medidas positivas para a efetivação plena dos direitos sociais. Ademais, o texto permitiu, ainda que de maneira rudimentar, a emergência de grupos sociais que não se enquadravam diretamente ao modelo cultural europeu, antes privados de qualquer amparo legal.

Também se destaca a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972. Consoante expõe Shirashi Neto (2004, p. 185), tal evento constitui verdadeiro "marco jurídico", porquanto possibilitou a distinção entre o patrimônio cultural e natural, bem como realçou a relevância desses bens para o desenvolvimento social.

Pouco depois, a Convenção n° 169/89, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, tratou sobre povos indígenas e tribais, contestando a concepção de temporalidade e incluindo a ideia de que a "vida dos 'povos indígenas e tribais' é permanente e perdurável" (SHIRAISHI NETO, 2004, p. 186). Tal Convenção buscou reforçar, ainda, a necessidade dos conceitos de auto-identificação e de territorialidade para a subsistência dessas comunidades.

Outro importante evento internacional acerca do reconhecimento das comunidades tradicionais foi A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento em 1992 - ECO 92, ratificada no Brasil em 1994, da qual se originou a Convenção da Diversidade Biológica. Esta, além de introduzir o conceito de biodiversidade no Direito Brasileiro, após sua ratificação, previu a necessidade de aprovação e participação dos detentores do recurso genético a ser patenteado e a justa e equitativa repartição de seus benefícios, como forma de afirmação das identidades de tais comunidades.

No Brasil, a visibilidade dos grupos tradicionais tem seu marco na década de 1980, em especial a partir do processo de redemocratização do país após o regime ditatorial. Com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, as comunidades tradicionais tiveram sua sociodiversidade reconhecida pelo Direito, quebrando séculos de indiferença jurídica. É possível identificar, já no preâmbulo da Lei Maior vigente, a natureza pluralista da sociedade brasileira, agora formalmente reconhecida e relacionada às diversas maneiras de criar, fazer e viver e a processos culturais múltiplos e dinâmicos. Ademais, seu texto explicita o reconhecimento e a valorização das identidades tradicionais, notadamente nos arts. 215 e 216.

A tutela jurídica das comunidades tradicionais não se esgota na previsão constitucional. Nessa toada, pontua-se a importância da Política Nacional de Desenvolvimento

Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, instituída pelo Decreto nº 6.040/2007, importante instrumento para a proteção de tais agrupamentos. Em seu art. 3º, inciso I, o diploma define povos e comunidades tradicionais como grupos reconhecidos e que se auto-reconheçam como culturalmente diferenciados, com formas próprias de organização social, "que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

Ao lado Carta Cidadã, os tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil introduzem o objetivo de valorizar, preservar, e manter o modo de vida das comunidades tradicionais, com destaque à Convenção nº 169/89 da OIT, cujo teor foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 5.051/04. Dentre os dispositivos de maior relevo, destacam-se o art. 1º, que eleva a auto-identificação dos povos indígenas ao *status* de preceito fundamental, bem como seu art. 2º, o qual atribui aos governos dos países signatários a responsabilidade pelo desenvolvimento das comunidades tradicionais.

Em Goiás ganham destaque as comunidades quilombolas como referencial de comunidade tradicional, tendo em vista o seu grande número e a importância das comunidades do Estado, dentre as maiores do país.

Quanto a esse grupo em específico, a Constituição Federal de 1988 dispôs, no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, relevante instrumento jurídico com o intuito de possibilitar sua sobrevivência e manutenção, ao ressaltar que "aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos".

A concepção de agrupamentos tradicionais encontra-se intimamente ligada à de auto reconhecimento. Nesse sentido, aplicando-se as premissas do estado democrático de direito, que adota como alicerce a dignidade da pessoa humana entre seus objetivos primordiais (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), mister a necessidade de se assegurar os elementos de território, de auto-atribuição e autonomia, os quais devem ser respeitados como direitos fundamentais embasadores da sociedade brasileira.

A auto-identificação implica a percepção, pelo grupo, da coletividade culturalmente diversa do qual é possuidor, tendo em vista a memória, tradição, laços de afetividade, reciprocidade e solidariedade. O auto-reconhecimento não deve estar dissociada da capacidade de organização política, das políticas de conservação dos recursos naturais básicos, da forma de uso comum dos mesmos e dos conflitos decorrentes do uso da terra e de tais recursos naturais (SHIRAISHI NETO, 2004a, s/p).

Dessa forma, no processo de empoderamento e construção da identidade quilombola, frisa-se a importância da auto-atribuição (ou auto-reconhecimento, auto-identificação), conforme o entendimento Sarmento (2008), esse critério é muito relevante tendo em vista que considera a percepção dos próprios sujeitos identificados, escapando do risco de leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos originários de culturas diversas, por vezes leituras preconceituosas. Para o autor , a ideia fundamental pode reduzir-se ao princípio da dignidade da humana que exige que na questão da identidade se considerar a visão que o próprio sujeito de direito tem de

si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas (RODRIGUES, 2014).

Nesse ponto, importante salientar que o contexto social brasileiro, constituído por inegável diversidade étnica, é marcado pela existência de grupos possuidores de identidades específicas. Para a efetiva proteção a tais comunidades cabe, pois, assegurar o controle próprio das instituições, do *modus vivendi*, hábitos, forma de subsistência, religiões, dentre outros fatores, dever este atribuído ao Estado na forma de políticas públicas.

A territorialidade também exerce relevante papel na identidade das comunidades. Shiraishi Neto (2004a) considera território um "espaço para se construir a vida, as relações e usos que se faz da natureza" (SHIRAISHI NETO, 2004a, s.p). Assim, fundamental a introdução do conceito de territorialidade, aqui compreendido como conjunto de relações políticas, econômicas e culturais, entre os indivíduos ou o grupo social e seu meio de referência, denotando sentimento de pertencimento (ALBAGLI, 2003).

Verifica-se, pois, que território e identidade encontram-se fortemente interligados, porquanto a consolidação do primeiro possibilita o surgimento de uma identidade própria do grupo que o ocupa (RODRIGUES, 2014, p. 31).

A autonomia de tais comunidades, por pressupor a preservação do *modus vivendi* dos grupos tradicionais, relaciona-se também com fortalecimento de sua independência por meio da produção e comercialização do que produzem. Sobre o tema, partindo da análise das comunidades quilombolas, Rodrigues (2014) reflete que nas comunidades tradicionais o processo de transformação econômica dos bens é também um processo de transformação cultural. Segundo o autor, o modo de produção das comunidades quilombolas é diferenciado pois transformam a natureza e transformam a si mesmas por meio de processos culturais permanentes, sustentados por laços de solidariedade, de afetividade e de envolvimento, tendo em vista a existência de interesses e objetivos comuns. O resultado é que a produção tem por finalidade básica e exclusiva a acumulação, mas volta-se às necessidades humanas. "E essas necessidades estão relacionadas a contextos específicos: às dos sujeitos envolvidos nesses grupos, que possuem hábitos e práticas culturalmente diversas do padrão instituído" (RODRIGUES, 2014, p. 60).

O modelo produtivo dos grupos tradicionais distingue-se, pois, do modo de desenvolvimento capitalista de produção, o qual relegou às práticas agrícolas a satisfação dos interesses do capital, acarretando no afastamento do objetivo primordial de satisfação das necessidades humanas e transformando-se em negócio internacional altamente lucrativo.

Esse modo de viver e produzir tem alijado tais comunidades do sistema hegemônico e por essa razão elas sofreram com indiferença e invisibilidade social durante muitos séculos, chegando inclusive a ser combatidas em razão da falta de utilidade para a economia agrária predatória. Economicamente, constituem verdadeira afronta ao sistema vigente, por não primarem pela competição e acumulação de capital. Ao contrário, buscam a preservação dos meios naturais e da biodiversidade, por configurarem seu próprio meio de vida.

## 2 – ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS

Não há na legislação brasileira definição expressa do que seja um Arranjo Produtivo Local – APL. Não obstante, a inexistência de lei específica que trate sobre o tema não inviabiliza a efetivação dos aglomerados produtivos na prática, sendo o tema tratado pela doutrina com especial relevo nos últimos anos.

A participação de órgãos estatais, nesse sentido, mostra-se essencial para a concretização dos APLs. Como política pública de desenvolvimento regional, são promovidos, no Estado de Goiás, pela Secretaria de Ciência e Tecnologia – SECTEC.

No âmbito estadual, o Decreto Estadual nº 5.990/2004 instituiu a rede goiana de apoio aos APLs, embora não disponha sobre a organização, funcionamento, financiamento e produção dos mesmos. Traz breve definição dos aglomerados, em seu art. 1º, parágrafo único, ao estabelecer que para os seus fins os Arranjos Produtivos Locais são "aglomerados de agentes econômicos, políticos e sociais, localizados em um mesmo espaço territorial, que apresentem, real ou potencialmente, vínculos consistentes de articulação, interação, cooperação e aprendizagem para a inovação tecnológica."

Destaca-se também o conceito trazido pela Rede de Pesquisa em Sistemas Produtivos e Inovativos Locais – Redesist, que repete em parte o conceito da lei explicando-o. Segundo a Rede "tratam-se de aglomerações territoriais de agentes econômicos, políticos e sociais – com foco em um conjunto específico de atividades econômicas, podem ser agrárias ou não, que apresentam vínculos mesmo que incipientes." Informa a Rede que em regra eles envolvem a articulação com empresas e que podem se dedicar à produção de bens e serviços finais, a fornecer insumos e equipamentos, prestar consultorias e serviços, entre outros e tem formas variadas de representação e associação. "Incluem também diversas outras organizações públicas e privadas voltadas para: formação e capacitação de recursos humanos, como escolas técnicas e universidades; pesquisa, desenvolvimento e engenharia; política, promoção e financiamento" (2015).

Os APLs não incluem apenas micro e pequenos empresários, como também envolvem a participação de diversas outras instituições, tanto públicas quanto privadas, relacionadas ao treinamento e formação de capital humano, pesquisa, financiamento, dentre outras atividades. No Plano de Desenvolvimento do APL da Cerâmica Vermelha do Norte Goiano, é possível notar o alto número de entidades engajadas no fomento de aglomerados produtivos. Segundo informa o Plano, somente na esfera estadual estão envolvidas neste APL: Rede Goiana de Apoio aos Arranjos Produtivos Locais/RG/APL, Secretaria de Ciência e Tecnologia/SECTEC, Rede Goiana de Meteorologia, Secretaria de Agricultura, Pecuária e Abastecimento/SEAGRO, Secretaria de Cidadania, Secretaria de Comércio Exterior, Secretaria da Educação/SEE, Secretaria de Infra-Estrutura – SEINFRA, Secretaria do Planejamento e Desenvolvimento/SEPLAN, Secretaria de Indústria e Comércio/SIC, Superintendência de Geologia e Mineração/SGM/FUNMINERAL, Secretaria do Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos – SEMARH, Agência de Fomento de Goiás S/A, Agência Goiana de Desenvolvimento Regional – AGDR, Agência Goiana de Desenvolvimento Rural e Fundiário/Agência Rural, Agência Goiana de Desenvolvimento industrial – AGDI, Agência Goiana de Meio Ambiente – AGMA, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás – FAPEG, Universidade Estadual de Goiás – UEG, Fundação Universidade Estadual de Goiás – FUEG, Companhia Energética de Goiás – CELG, Federação da Indústria do Estado de

Goiás – FIEG, Federação da Agricultura de Goiás – FAEG, Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresa - SEBRAE-GO, Serviço Social do Comércio – SESC, Serviço Nacional de Aprendizagem Indústria – SENAI, Serviço Social da Indústria – SESI, Associação Comercial de Goiás - ACIA-GO, Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor – PROCON (Estado de Goiás, 2007).

Os aglomerados produtivos, por gerarem consciência coletiva através do exercício da solidariedade, permitem a autonomia dos membros das comunidades que os compõem. Mostram-se como verdadeiras formas de produção emancipatórias, por meio da inserção de comunidades antes excluídas do mercado de produção dentro do próprio sistema, transformando-os em "sujeitos que enfrentam as relações sócio-culturais dominantes e as estruturas político-econômicas mantidas desde a invasão portuguesa" (RODRIGUES, 2014, p. 59).

Trata-se forma de estímulo ao desenvolvimento da região e inclusão dos grupos tradicionais no mercado consumidor, pressupondo a participação de toda a comunidade no processo produtivo, e pelo qual os sujeitos marginalizados convertem-se nos atores dessa nova perspectiva de desenvolvimento (SANTOS, 2005). Além disso, configuram importante instrumento para a concretização de direitos fundamentais, mediante exercício de uma economia baseada na cooperação.

Ressalta-se que a identidade territorial, nesse aspecto, gera forte influência na eficiência das atividades econômicas, em razão dos laços de proximidade desenvolvidos, valorizando-se as tradições, os conhecimentos e vínculos de confiança, bem como novas estratégias de competição.

Consoante Santos (2005), tais formas alternativas de atividades econômicas "não representam novos modos de produção que substituam o modo capitalista. Contudo, isso não lhes retira relevância nem potencial emancipador" (2005, p. 30-31). Ademais, assevera que "o pensamento associativista e a prática cooperativa desenvolveram-se como alternativas tanto ao individualismo liberal quanto ao socialismo centralizado" (SANTOS, 2005, p.33).

Em razão de se aproximarem de um modelo de produção familiar, os APLs geralmente se organizam em torno de atividades econômicas de comunidades rurais, mas nada impede que se formem por aglomeração de pequenas e micro empresas de alta tecnologia, como ocorre no APL de Tecnologia da Informação, que abrange os municípios de Goiânia/GO e Aparecida de Goiânia/GO4.

A importância da constituição dos aglomerados produtivos fica consignada no Plano de Desenvolvimento do APL de Açafrão de Mara Rosa e Região, cujos objetivos denotam a utilidade pública desses Arranjos:

> Com ênfase no desenvolvimento local, priorizando o fortalecimento da agricultura familiar, buscando gerar emprego e renda nos municípios, o Governo de Goiás e demais instituições têm priorizado o apoio a esta importante cadeia produtiva, que se configura como um novo negócio no mercado brasileiro (crescente demanda por condimentos, corantes naturais e possível utilização na indústria química). Através de políticas públicas, visando à conscientização e o aperfeiçoamento do processo produtivo e objetivando o fortalecimento deste APL, o grupo de trabalho vem propondo ações conjuntas, objetivando compreender a situação, solidificar parcerias e propor soluções para os pontos críticos, construindo assim um APL forte economicamente, justo socialmente e sustentável ambientalmente (OBAPL, 2017).

Os dados fornecidos pelo Observatório Brasileiro de APL – OBAPL permitem concluir que existem hoje, no Estado de Goiás, oitenta e dois APLs constituídos em torno de variadas atividades. A atuação integrada dos diversos atores envolvidos no processo de emancipação econômica e social das comunidades tradicionais é o que possibilita a subsistência de tais aglomerados e, ademais, fomenta o surgimento de novos núcleos produtivos.

## 3 – O DESENVOLVIMENTO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS PARA ALÉM DO PROGRESSO MERAMENTE ECONÔMICO

Como se sabe, o modelo de desenvolvimento adotado pelo sistema capitalista baseia-se na exploração dos meios naturais e do capital humano, como forma de potencializar os lucros e auferir maiores vantagens, acarretando o crescimento econômico de uma determinada região. Contudo, o desenvolvimento econômico puro, medido por índices tais quais o PIB e a renda *per capta*, não consegue exprimir o nível de qualidade de vida de uma população.

Para o presente estudo, a concepção de desenvolvimento é trabalhada sobre a teoria esposada por Sen (2001), que desenvolve uma crítica ao progresso sob uma perspectiva utilitarista. Para o autor, a teoria desenvolvimentista deve possibilitar o aumento da autonomia das comunidades humanas e a construção de um Estado no qual seus cidadãos tenham liberdade para serem e agirem como lhes aprouver.

A teoria da Abordagem das Capacitações, como ficou conhecida, pressupõe que o desenvolvimento só poderá ocorrer à medida em que as pessoas sejam plenamente livres para tomar decisões sobre a própria vida, de forma a concretizarem a dignidade humana por aplicação dessa liberdade de escolha (SEN, 2001, p. 17). Por esse motivo, o progresso deve ultrapassar as barreiras da utilidade, inerentes ao desenvolvimento puramente econômico. Os índices que expressam o capital de um país só poderão indicar qualidade de vida se acompanharem melhor distribuição dessa riqueza e consequente conversão em recursos para os cidadãos, a partir da análise da destinação dos mesmos. Partindo desse pressuposto, Sen (2001) propõe o desenvolvimento para além do aumento de renda e da produção econômica, pautando-se também na ampliação de outras dimensões, tais quais a educação, cultura, participação política e saúde (2001, p. 95).

A teoria desenvolvimentista do autor se opõe a concepção de que os recursos do capital, que constituem meios, sejam o próprio fim do desenvolvimento. Ao contrário, a riqueza econômica é o instrumento necessário para que a população alcance melhor qualidade de vida, mas nem sempre será convertida dessa maneira (SEN, 2001, p. 57-58). Por conseguinte, o fim do desenvolvimento é o incremento na qualidade de vida da população de uma determinada localidade, de forma que possibilite a tomada de escolha livre de qualquer "amarra" econômica. As oportunidades oferecidas à população são essenciais, mas não se traduzem automaticamente como desenvolvimento humano, se assim não forem convertidas pela comunidade.

Ademais, o autor ressalta que as políticas públicas voltadas à promoção do desenvolvimento não devem se vincular à utilidade que trarão para a sociedade. Ao contrário,

têm de considerar a maior qualidade de vida oferecida aos particulares, sob o ponto de vista moral, e não utilitarista. Devem estar fundadas na liberdade individual de tomada de decisões, e não em fatores econômicos que consideram somente os meios e recursos oferecidos. Portando, Sen (2001) relaciona desenvolvimento como *liberdade de ser e agir do indivíduo.*

A acumulação de capital nas mãos de poucos, que demonstra a altíssima concentração de renda brasileira, acaba por excluir e marginalizar os agentes detentores de menores recursos econômicos na cadeia produtiva. Por esse motivo, políticas públicas que fomentam a produção local constituem relevante instrumento para a melhora de qualidade de vida das populações, porquanto possibilita a inserção dos mesmos no próprio modelo de produção que os marginaliza.

A negação de acesso ao mercado configura uma das privações enfrentadas por pequenos produtores, em especial por aqueles que pertencem às comunidades tradicionais, tais quais as quilombolas. A liberdade de participar do intercâmbio econômico tem papel básico na vida social (SEN 2001, p.22).

Dessa forma, combater a desigualdade de renda no país deve passar pelo enfrentamento das barreiras de acesso às riquezas (ROCHA e BURSZYTN 2007), de forma a propiciar uma ambiência favorável aos pequenos empreendedores, para os quais os efeitos de aglomeração e de proximidade constituem vantagem dentro do sistema atual de acumulação de capital. Segundo Rocha E Burszytn (2007) o caso recorrente na academia foi a experiência da Terceira Itália. Este caso mostra que é possível promover o desenvolvimento endógeno, sem imposições hegemônicas. São possíveis processos de desenvolvimento com participação democrática, "com base no incremento dos micro e pequenos negócios tradicionais e, desse modo, construir um ambiente favorável à elevação dos níveis de especialização produtiva e densidade empresarial, sem a imposição, ou o planejamento, de políticas de cima para baixo." (ROCHA e BURSZYTN, 2007, p. 9).Advertem que a ação não pode ser exclusivamente individual. "O sucesso só é alcançado no momento em que os atores locais, em parceria, cooperam em prol de objetivos comuns" (ROCHA e BURSZYTN, 2007, p. 9).

A necessidade de ações direcionadas à equidade social e à sustentabilidade de tais comunidades tradicionais é, portanto, latente. O acesso ao mercado configura-se ,dessa forma, elemento essencial para a ampliação das capacidades humanas, bem como para a redução da desigualdade de oportunidades existente entre os cidadãos. A economia de mercado pode, assim, ser utilizada como base para o incremente de renda das comunidades locais e permite, ao mesmo tempo, a participação das mesmas nas relações de troca.

Pode-se falar em etnodesenvolvimento, com duas acepções, que reforçam sua importância, significando num sentido, o desenvolvimento econômico de um grupo étnico e em outro o desenvolvimento da "etnicidade" de um grupo social (STAVENHAGEN, 1985). As acepções não são excludentes entre si. Fortalece-se a "etnicidade" e avança-se no plano econômico. Um eventual desenvolvimento econômico destrutivo da "etnicidade" de um grupo reproduz a hegemonia da modernização, destruidora da diversidade cultural (LITTLE, 2002, p.40).

A perspectiva de desenvolvimento das comunidades tradicionais, notadamente a quilombola, é objeto de reflexão de Rodrigues (2014), para quem as políticas públicas devem vislumbrar duas perspectivas integradas, visando à transformação dos padrões

societários o que compreende os culturais e os econômicos. Segundo a autora, de reconhecimento e de redistribuição. Afirma que os governos Lula e Dilma, que construíram a história democrática do país com a mais ampla participação, lançaram programas, planos e ações procurando atender esses grupos. Adverte, entretanto que tais ações e programas são resultado de resistência e luta: "É evidente que essas conquistas são frutos de embates históricos, surgidos em contextos específicos de mobilizações sociais e respostas governamentais, quando constituíram verdadeiras arenas sociais, onde os interesses dos grupos eram/são disputados e defendidos" (RODRIGUES, 2014, p. 18).

Nesse sentido, o acesso aos meios do capital, mediante inserção das comunidades no âmbito econômico, mostra-se importante dimensão do desenvolvimento humano. É através de trocas, produção e realização do trabalho que as liberdades subjetivas florescem, porquanto a insurgência de recursos econômicos são, sim, necessários, tendo em vista sua natureza instrumental para se alcançar o desenvolvimento individual pleno.

Ademais, o desenvolvimento das pequenas comunidades tradicionais, organizadas em aglomerados industriais e mediante inserção emancipatória no mercado, possibilita a preservação de seu modo de vida juntamente com a biodiversidade de seu território. Para tais agrupamentos, a interação com a terra e com o meio ambiente afasta-se da concepção capitalista de esgotamento e exploração predatória, o que possibilita a conservação do território em que se encontram.

## 4 – O DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO INSTRUMENTO EMANCIPATÓRIO

Os direitos de propriedade intelectual são bastante discutidos na doutrina, tendo relevância significativa no desenvolvimento das atividades empresariais e de inovação tecnológica. Segundo Varella (2009 p. 330) esses direitos "garantem a exclusividade a seus titulares sobre a exploração comercial sobre um determinado produto ou processo." Adverte o autor que em regra são outorgadas por um período determinado de tempo, mas já se identificam novos modelos de direito intelectual, não limitados no tempo. (2009 p. 330)

Configuram medida de grande relevo para o fomento do desenvolvimento econômico de um país, uma vez que visam a estimular a produção e inovação dos produtos inseridos no mercado, mediante a proteção do interesse individual do criador.

As discussões acerca da proteção à propriedade intelectual não são novidade no Direito. Já na Convenção da União de Paris, em 1883, considerado marco inicial das questões relativas ao tema, é possível extrair o conceito de propriedade intelectual, como um " conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de provenência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal"7.

Ainda na seara internacional, vislumbram-se outros tratados a versar sobre o tema ora em estudo, como o Acordo de Madri de 1891, o Acordo de Lisboa em 1958 e o Acordo TRIPS de 1984, todos com o objetivo principal de promoção ao desenvolvimento econômico.

Questão relevante para o estudo dos saberes tradicionais é a titularidade de tais conhecimentos: pertencem às comunidades locais que culturalmente os detém ou são livres para a exploração por grandes empresas, que mediante utilização de pesquisa e tecnologia de ponta acabam por patenteá-los?

Os direitos intelectuais elencados pelos TRIPS tornaram-se verdadeiro obstáculo à defesa dos direitos coletivos das populações tradicionais. Conforme sustentam Zanirato e Ribeiro (2007, p. 46), fazendo alusão a Shiva (2001), tais acordos identificam os direitos de propriedade como meros direitos privados, não os estendendo às coletividades. Ademais, só reconhecem o direito intelectual quando as inovações geram lucro, e não quando satisfazem as necessidades sociais.

A incompatibilidade entre a Convenção da Diversidade Biológica de 1972 e os TRIPS é latente. O primeiro reconhece a necessidade de proteção à diversidade sociobiológica, possibilitando às comunidades tradicionais o direito de participação nos lucros auferidos por eventual patente conferida a empresas sobre conhecimento tradicional. Já o segundo exige a observância dos Estados signatários que sejam reconhecidos os direitos intelectuais absolutos sobre qualquer tecnologia (ZANIRATO e RIBEIRO, 2007).

No Brasil, o Acordo TRIPS foi publicado pelo Decreto nº 1.355/94 e acolhido pelo ordenamento jurídico interno. O país também reconheceu a relevância da necessidade de se resguardar a proteção aos conhecimentos tradicionais, por meio da Medida Provisória 2.186-16/2001, que tratou da proteção ao patrimônio genético, posteriormente revogada pela lei .

Do teor da Medida Provisória 2.186-16/2001 é possível extrair vários dispositivos que denotam a preocupação em resguardar os conhecimentos dos povos tradicionais, notadamente por garantir aos agrupamentos "que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético" a indicação de origem do conhecimento tradicional, "em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações", bem como obstar a exploração por terceiros não autorizados, que não poderão utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração do conhecimento tradicional, divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem os saberes tradicionais e perceber deles benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente (art. 9º, incisos I a III).

Contudo, a Lei 13123 de 2015 e o Decreto 8772 de 2016 que hoje regulamentam o acesso e uso do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados , assim como a repartição dos benefícios dele decorrentes, trouxeram significativo retrocesso para os direitos das comunidades tradicionais ao aumentar inúmeras possibilidades de exploração sem respeitar os direitos de consulta prévia, consentimento prévio livre e informado e repartição de benefícios.

A regulação específica da matéria relativa à propriedade industrial encontra-se na Lei n. 9.279/96, especialmente sobre direitos e obrigações. Em 1988, o direito à propriedade intelectual alcançou estatuto de preceito fundamental, previsto no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição, ao assegurar "aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos".

Para os fins do presente trabalho, a propriedade intelectual deverá ser entendida em seu viés desenvolvimentista, como instrumento de emancipação das comunidades tradicionais. Dos modelos de proteção à propriedade intelectual adotados pelo ordenamento jurídico pátrio, destacam-se as indicações de origem, que se dividem em indicação de procedência e denominação de origem, e possibilitam a distinção do produto colocado no mercado como advindo de determinada região (ou comunidade local).

Como exemplo, aponta-se a produção de Carne de Curraleiro Kalunga, comunidade quilombola de Goiás, que possui a denominação de origem "Gado Curraleiro Kalunga" como meio de fomentar sua produção, conferindo titularidade das mercadorias às comunidades tradicionais e tornando-os verdadeiros sujeitos ativos da atividade econômica. Nesse sentido, Franco (2014) entende que propriedade intelectual e desenvolvimento são consectários entre si. Os direitos de propriedade intelectual posto em prática nas atividades econômicas agrícolas "pode consolidar um modelo de desenvolvimento para as comunidades rurais, principalmente em relação à agregação de valor e credibilidade de seus produtos no mercado" (FRANCO, 2014, p. 39).

As indicações de procedência e a denominação de origem encontram-se previstas na Lei n. 9.279/96, que as regula em seus arts. 177 e 178. Voltam-se a três finalidades principais: reconhecimento da procedência da mercadoria, sua originalidade, tipicidade e qualidade; proteção do produtor, mediante proteção de seu modo de produzir; e a proteção a consumidor, por garantir-lhe que está comprando produto conhecido (VARELLA, 2005).

Ademais, a especificação do produto o valoriza, por conferir-lhe individualidade e, ainda, acaba por impulsionar a competitividade necessária (porém não predatória) ao crescimento econômico das comunidades inseridas no mercado. Com efeito, observa-se atualmente grande demanda por produtos orgânicos como alternativa à produção agrícola baseada na monocultura, uso desenfreado de agrotóxicos e vegetais transgênicos.

O desenvolvimento da economia, por propiciar recursos às populações afetadas pelos APLs, gera meios para alcançar o desenvolvimento humano pleno, no modelo proposto por SEN (2001). Nessa toada, a proteção ao direito intelectual encontra campo promissor nos aglomerados produtivos, tanto naqueles que se valem do modo de produção integrado, quanto naqueles que recorrem à tutela do direito tradicional (TARREGA, 2012, p. 118).

Ao resguardar os saberes e técnicas de criação, a proteção aos direitos intelectuais também volta-se à salvaguarda da própria biodiversidade, uma vez que o modo de produção dos grupos tradicionais se opõe à exploração dos meios naturais de forma a esgotá-los, como vem ocorrendo com o modelo de exploração capitalista, em especial o agrário. Quanto à relevância do tema, já nos posicionamos no sentido de que a proteção da indicação geográfica tem origem na necessidade de proteção dos sujeitos envolvidos na fabricação de produtos que característicos de dada região, em relação de pertencimento. "A qualidade desses produtos e serviços, cultural e economicamente reconhecidos, é de fundamental importância, também para a região."(TÁRREGA, 2010, p.14).

Finalmente, frisa-se que não só as indicações de origem podem ser utilizadas como estratégia de desenvolvimento das comunidades tradicionais. A proteção à propriedade intelectual, seja qual for a modalidade adotada (patente ou marcas, por exemplo),

possibilita a proteção dos saberes e técnicas tradicionais e, aliado ao fator da territorialidade, fortalece a identidade dos grupos e possibilita seu fortalecimento econômico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, os povos tradicionais brasileiros sofreram com a marginalização e indiferença durante séculos de domínio do modelo de produção ocidental trazido do continente europeu. Por apresentarem formas diferenciadas de organização social, modos de viver, produzir e se relacionar com o mundo, foram excluídos do sistema hegemônico de produção e acumulação de capital, submetidos à exploração econômica desenfreada e desigual por parte das grandes empresas.

A proteção jurídica dos grupos tradicionais é história recente no cenário brasileiro, remontando à década de 1980, especificamente após a promulgação da Constituição Federal. O reconhecimento das comunidades tradicionais como verdadeiros sujeitos de direito merecedores das garantias constitucionais estendidas aos demais cidadãos constituiu importante vitória dos movimentos sociais reivindicatórios, que lutavam pela afirmação de suas identidades e pela diminuição das desigualdades sociais.

Visando ao fortalecimento e à subsistência dos agrupamentos tradicionais, o governo buscou a adoção de políticas públicas de fomento à produção econômica, ainda que sem amparo legal específico para a concretização das mesmas. Como exemplo de grande relevo, apontam-se os APLs, aglomerados produtivos locais baseados na economia de cooperação e solidariedade entre seus membros.

Importante frisar que as políticas públicas de fomento regional devem estar voltadas à concretização da qualidade de vida aos povos envolvidos no processo de produção. Os índices baseados em fatores puramente econômicos, tais quais o PIB e a renda *per capta*, necessitam ser evitados quando se busca expressar real o desenvolvimento de uma sociedade, uma vez que este precisa estar vinculado ao desenvolvimento humano pleno, consoante a teoria esposa por Sen.

O estudo das políticas públicas para promoção da prosperidade das comunidades tradicionais, tais quais o fomento aos APLs, deverá, pois, ir além do aspecto meramente econômico, partindo-se da análise de melhoria na qualidade de vida das populações locais beneficiadas, de modo a se desvincular da perspectiva utilitarista referente ao impacto na economia nacional.

No entanto, para que se atinja o progresso pleno dos agrupamentos tradicionais, necessário que se verifique também o crescimento econômico, haja vista que este constitui verdadeiro instrumento para que os agrupamentos potencializem suas liberdades e qualidade de vida.

Nesse sentido, os direitos de propriedade intelectual, por impulsionarem a produção local, são de suma relevância para o fomento econômico de uma região. Por meio da concessão de indicações de origem, marcas ou patente sobre os produtos, possibilita-se identificá-los e distingui-los dos demais, incrementando o crescimento do mercado de tais comunidades.

A teoria desenvolvimentista preconizada por Sen (2001), utilizada como base teórica do presente trabalho, pressupõe que *o desenvolvimento como liberdade* seja

pleno, podendo ser concretizado mediante uso dos instrumentos jurídicos fornecidos pelo Direito, tais quais a propriedade intelectual para salvaguarda de mercadoria produzidas no seio das comunidades locais.

Mesmo que se verifique a tendência de favorecimento de grandes empresas pelas regras elaboradas no plano internacional, tais quais os Acordos dos TRIPS, a propriedade intelectual deve ser aplicada à luz da Constituição Federal de 1988 e do ordenamento jurídico como sistema normativo harmônico. Desse modo, a concessão de direitos industriais deve pautar-se pela máxima proteção aos saberes tradicionais inerentes às comunidades locais, conforme previa a Medida Provisória 2.186-16/2001 que, ao contrário de favorecer os agentes econômicos de grande porte, voltava-se ao fortalecimento dos laços de identidade de tais grupos, permitindo seu crescimento social e sua sobrevivência.

Entretanto, a Lei 13123 de 2015 e o Decreto 8772 de 2016 que revogaram a referida Medida Provisória 2.186-16/2001 e que hoje regulamentam o acesso e uso do patrimônio genético da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados , assim como a repartição dos benefícios dele decorrentes, já não mais privilegia os interesses das comunidades tradicionais, embora preserve com muitas restrições a repartição de benefícios. Essa lei, em total desacordo com a ordem jurídica internacional, notadamente contrária à Convenção de Diversidade Biológica, o Protocolo de Nagoya e a Convenção 169 da OIT, lesando os direitos dos povos tradicionais, sobretudo no que diz respeito aos direitos de consulta prévia, consentimento prévio livre e informado e repartição de benefícios.

Como instrumento de desenvolvimento utilizado no interior dos APLs, os direitos de propriedade intelectual, além de impulsionar os arranjos já existentes, fomentam o surgimento de novos núcleos, haja vista que dão forma, publicidade e concretude às identidades relativas às comunidades locais ali reunidas.

O direito permite, assim, que grupos historicamente oprimidos se insiram no próprio meio hegemônico que os marginaliza, valendo-se dos instrumentos opressores como forma de sua própria emancipação. A organização em aglomerados políticos locais, que primam pela solidariedade e competitividade comedida e tornam os agentes tradicionais sujeitos ativos do mercado de capital, ao lado utilização da proteção aos direitos intelectuais, mostram-se relevantes mecanismos que permitem não só o progresso econômico, mas também (e especialmente) o desenvolvimento humano pleno.

## REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita. Informação, territorialização e inteligência local. In: *ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO*, 5, 2003, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: ECI/UFMG, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/327/1/SARITAEnancib2003.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

AUN, M. P; CARVALHO, A. M. A; KROEFF, R. L. *Aprendizagem Coletiva Em Arranjos Produtivos Locais: Um Novo Ponto Para As Políticas Públicas De Informação.* Disponível em: <http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/pdf/AdrianeMariaArantesDeCarvalho.pdf>. Acesso em 03 de abril de 2015.

BRASIL. *Análise do Mapeamento e das Políticas para Arranjos Produtivos Locais no Sul, Sudeste e Centro--Oeste do Brasil*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/Mapeamento_GO.pdf>. Acesso em: 06 de maio de 2015.

BRASIL. *Constituição Federal da República de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 de janeiro de 2015.

BRASIL. *Decreto 1.355/95*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. *Decreto 5.051/04*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. *Decreto 6.040/2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.279/96*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. *Medida Provisória 2.186-16/2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

BRASIL. Estado de Goiás. *Secretaria de ciência e tecnologia. Mapeamento dos arranjos produtivos locais em Goiás*. Disponível em: <http://www.sigo.go.gov.br/post/ver/127829/mapeamento>. Acesso em: 06 de maio de 2015.

ESTADO DE GOIÁS. *Análise do Mapeamento e das Políticas para Arranjos Produtivos Locais no Sul, Sudeste e Centro-Oeste do Brasil*. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2012-03/mapeamento-apls_go.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2015.

ESTADO DE GOIÁS. *Decreto Estadual n. 5.990/2004.* Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/decretos/numerados/2004/decreto_5990.htm>. Acesso em: 12 de junho de 2015.

ESTADO DE GOIÁS. *Plano de Desenvolvimento do APL da Cerâmica Vermelha do Norte Goiano.* Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2012-09/apl-de-ceramica-vermelha-do-norte-goiano1.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

ESTADO DE GOIÁS. *Plano de Desenvolvimento do APL de Tecnologia da Informação*. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1248268461.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

ESTADO DE GOIÁS. *Plano de Desenvolvimento do APL de Mara Rosa*. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1248268492.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

FRANCO, R. N. *A Função Das Marcas, Das Patentes E Das Indicações Geográficas Na Organização Dos Arranjos Produtivos Locais*. 2014. 90 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Goiás, 2014.

LITTLE, Paul E. Etnodesenvolvimento local: autonomia cultural na era neoliberalismo global. Campo Grande. Tellus, ano 2, n.3, out. 2002, pp.32 -52. ONU, Organização das Nações Unidas. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Declaração de Estocolmo.* IDisponível em: .< http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>. . Acesso em: 12 ago. 2014.

ROCHA, J. D; BURSZTYN, M. *Território, Saberes Locais e Sustentabilidade: A Busca do Desenvolvimento via Arranjos Produtivos Locais.* In: Revista Baiana de Tecnologia. Vol. 22, nº 1-3. Camaçari: 2007.

RODRIGUES, B. L. R. *Direito Ao Território: A Política De Regularização Fundiária Para As Comunidades Remanescentes De Quilombos No Estado De Goiás.* 2014. 88 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Goiás, 2014.

RODRIGUES, B. L. R. *Primeiros olhares sobre as políticas públicas para as comunidades remanescentes de quilombos.* In: I Conferência Nacional de Políticas Públicas contra a Pobreza e a Desigualdade, 2010, Natal. Anais. Natal: UFRN, 2010, 1-10. Disponível em : <http://www.cchla.ufrn.br/cnpp/pgs/anais/Arquivos%20GTS%20-%20recebidos%20em%20PDF/PRIMEIROS%20OLHARES%20SOBRE%20AS%20POL%C3%8DTICAS%20P%C3%9ABLICAS%20PARA%20COMUNIDADES%20REMANESCENTES%20DE%20QUILOMBOS.pdf>. Acesso em 03 de março de 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*/organizador. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos).

SARMENTO, D. Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Parecer emitido nos autos a ADI 3239/04. 2008. Disponível em: ‹hhttp://6ccr.pgr.mpf.mp.br/sobras/adi3239/territorios-quilombolas-e-constituicao--a-adi-3-239-e-a-constitucionalidade-do-decreto-4-887-03›. Acesso em: 15 de maio de 2015.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Donisseli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. *O direito das minorias: passagem do "invisível" real para o "visível" formal?*. Curitiba: Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/ UFPR), 2004a (Tese de Doutorado).

SHIRAISHI NETO, J. *Reflexão do Direito das "Comunidades Tradicionais" a partir das Declarações e Convenções Internacionais*. In: Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazonia. Ano 2, n° 3. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas / Secretaria de Estado da Cultura / Universidade do Estado do Amazonas, 2004.

STAVENHAGEN, R. *Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada no pensamento desenvolvimentista, Anuário Antropológico/84*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985 p.11-44.

TARREGA, Maria Cristina V. B. *A propriedade intelectual como instrumento para a organização dos arranjos produtivos locais – APLs -e para o desenvolvimento cultural e econômico das coletividades e comunidades tradicionais. In:* Projeto Bolsa Produtividade em Pesquisa – PQ 2010. Goiânia: Faculdade de Direito da UFG, 2010.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Os direitos das coletividades e os arranjos produtivos locais como fator de sustentabilidade das comunidades agrícolas tradicionais*. Direito, Educação, Ética e Sustentabilidade: Diálogos entre os vários ramos do conhecimento no contexto da América Latina e do Caribe. Coordenado por Jean Jardim. Goiânia: Instituto "tueri", 2012.

UFRJ: RedeSist. Disponível em: ‹http://www.ie.ufrj.br/redesist/foco.html›. Acesso em: 14 de junho de 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Marcelo Dias Varella (organizador e co-autor). São Paulo: Lex Editora, 2005.

ZANIRATO, S. H.; RIBEIRO, W. C. *Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais*. In: Ambiente & Sociedade. Vol. X, nº 1. Campinas: 2007. p. 39-55.

ZANIRATO, S. H.; RIBEIRO, W. C. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Disponível em: ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf›. Acesso em: 30 de abril de2015.

ZANIRATO, S. H.; RIBEIRO, W. C. Convenção nº 169 da OIT de 1989. Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/htm/leis/instrum01.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

ZANIRATO, S. H.; RIBEIRO, W. C. Observatório Brasileiro de APLs- OBAPL. Disponível em: <http://portalapl.ibict.br/apls/index.html>. Acesso em: 12 de junho de 2015.

RECEBIDO EM: 29/12/2017
APROVADO EM: 27/05/2018

# WOMEN'S RIGHTS UNDER UNIVERSAL PROTECTION AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES: DIALOGUES BETWEEN GLOBAL AND LOCAL

# *OS DIREITOS DA MULHER À LUZ DO SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO E O POTENCIAL INTEGRADOR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS ENTRE O GLOBAL E O LOCAL*

**Lara Santos Zangerolame Taroco**[1]

**Ana Cecília Sabbá Colares**[2]

**ABSTRACT:** The main international human rights documents establish gender equality as a right to be enforced. Nevertheless, this equality has remained purely formal. The task of transforming it into real equality has been arduous, especially because the historical construction of human rights has always occurred with the exclusion of women and the reinforcement of patriarchal ideologies. The result of this inequality is women's vulnerability, which directly affects the fulfillment of human rights. Therefore, the proper confrontation of the circumstances that give rise to women's vulnerability, linked to the promotion of gender equality policies, is essential for human rights international bodies enforcement. This study aims to discuss the main international treaty related to women's protection, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), and to analyze how Brazilian legal system incorporates this treaty, which influences our domestic legal order.

**KEYWORDS:** Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women. International Human Rights Treaties. Women's rights protection.

**RESUMO:** Os principais documentos internacionais de tutela dos direitos humanos estabelecem a igualdade como um direito a ser efetivado, tendo este sido proclamado em diversas declarações. Não obstante, tal igualdade tem permanecido meramente formal, sendo árdua a tarefa de transformá-la em igualdade real entre mulheres e homens,

1 Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Graduada em Direito pela FDV, com intercâmbio semestral na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Membro do Grupo de Pesquisa Teoria Crítica do Constitucionalismo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da FDV. Advogada. larasantosz@hotmail.com

2 Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Houston. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Membro da Associação Internacional de Direito Penal. Advogada. anaceciliasabba@gmail.com

principalmente quando se constata que a construção histórica dos direitos humanos sempre ocorreu com a exclusão da mulher e o reforço de ideologias patriarcais. O resultado desse desigual é a vulnerabilidade da mulher, advinda de um modelo de sociedade patriarcal, que afeta diretamente o cumprimento dos direitos humanos. Portanto, o devido enfrentamento das circunstâncias que propiciam a situação de vulnerabilidade de mulheres, atrelado ao combate à desigualdade de gênero é essencial para o combate da discriminação contra a mulher e consequente proteção dos direitos humanos, razão pela qual é temática objeto de preocupação de várias instâncias internacionais. Com base neste cenário, o presente estudo tem por objetivo apresentar os principais tratados internacionais relacionados com a proteção aos direitos das mulheres, em especial a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com vistas a analisar como estes tratados são recepcionados e como essas normas internacionais influem na conformação do ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Proteção dos direitos da mulher.

## INTRODUCTION

History has shown that to protect human rights is necessary to transcend borders and break certain principles, such as State absolute sovereignty. Since the World War II, a new period on the world's history has started. It is a period of global reflection, to reconsider old State structures, and to rebuild an international system able to promote human dignity.

States started to adhere to international human rights mechanisms. Brazil is part of this transition, mostly after its new Constitution from 1988, when the country became a democracy. Although before that Brazil had signed international treaties, due to political turbulences from the 1960s, 1970s, and 1980s, there was no coherent relation between Brazil's international position and its internal actions.

The frequent asked question is how the interaction between global and local occurred in Brazil, especially regarding the normative status of international treaties ratified by the president. This interaction is fundamental to this study. The place of core international human rights treaties within Brazilian legal system is fundamental to understand how legal practitioners apply human rights laws, and how women are being protected.

All core international human rights treaties claim gender equality. However, this equality is merely formal. Human rights historical construction has happened through women exclusion and reinforcement of patriarchal ideologies. It is a hard task to change this path and to transform it into real equality. This patriarchal model[3] places women in a position of vulnerability, which direct affects human rights fulfillment. To combat this vulnerability is necessary to combat all forms of discrimination against this gender.

3 SPECTOR, Jessica. Prostitution and pornography: philosophical debate about the sex industry. Stanford: Stanford University Press, 2006, p.2-3.

This research paper will introduce the core international treaty related to women's protection, the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), and will analyze how Brazilian domestic law incorporates and applies such treaty.

## 1. HUMAN RIGHTS AFTER WORLD WAR II AND HUMAN RIGHTS TREATIES UNDER THE BRAZILIAN 1988 COSTITUTION

Throughout history, we can observe moments when consolidate achievements are questioned and denied. Some authors, such as Comparato[4], defend that human beings occasionally need to suffer tragedies to learn a lesson. The major example to this theory is the World War II, which reflects what can happen when human rights lack protection. It was a time when humans where considered means to an end, not an end-in-itself, as it should be.[5]

At the end of the WWII, in a world affected by irreparable damages, it was necessary to overlook the past, to better understand mistakes humanity had done. However, there is no simple formula to predict the future catastrophes and to avoid them. What can be done is to understand causes and patterns of past events, to comprehend current problems and avoid relapse.

Internationalized protection of human rights was a response against the atrocities and horrors committed during the authoritarian regimes in Europe, specially the Third Reich. Presenting the State as the major violator of human rights, the Hitler Era was characterized by the destruction and expendability of human beings that resulted in the confinement of 18 million individuals in concentration camps, and the death of 11 million, including 6 million Jews.[6]

In front of these circumstances, the post world war II was a period for reflection. The State was the sole perpetrator of human rights atrocities, and States structures needed to be reviewed. Nazi State acts, although guided by a legal order that did not fulfill ethical and moral requirements, was covered by legality from the strict legal point of view, and many saw it as legitimate.[7]

In this context, the United Nations, in 1945, alongside with the Universal Declaration of Human Rights[8] from 1948, started a new Era, characterized by the internationalization of human rights. This Era seeks not only to discipline reciprocal relations between States, but also individual relations under States' scope. The major role of the International Human Rights Law (IHRL) is to protect human beings in every aspect,

4 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

5 KANT, Immanuel. A metafísica dos Costumes. Lisboa: CalousteGulbenkian, 2005, p.56.

6 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 184

7 AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 45.

8 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

encompassing civil and political rights, as well as social, economic, and cultural rights,[9] during times of peace and war, apart from being man or woman.

It is generally considered among scholars that while the post WWII period was the time of human rights definition; the post cold war is the time of human rights implementation and enforcement.[10] In Brazil, human rights protection started to become effective after the newly approved Constitution in 1988, when the country became a democracy again. The Constitution followed the growing internationalization of human rights, establishing "stretching mechanisms" to include other rights in the future.[11]

Although Brazil had signed some treaties in the previous years, due to the political crisis during the 1960s, 1970s, and part of the 1980s, the treaties did not reflect the internal situation and massive disrespect for human rights at the national level. The 1988 Constitution finished an authoritarian military regime in power since 1964. It was a milestone that secured a new democracy, and reflected a commitment to fundamental rights, essential to consolidate a democratic State.

The 1988 Constitution was also opened to the incorporation of human rights international bodies. According to article 5, paragraph 2: "the rights and guarantees expressed in this constitution do not exclude others deriving from the international treaties in which Brazil is a party." This constitutional provision opened a gap for international human rights treaties to be incorporated to our domestic legal system. It did not establish any special procedure as requirement for this incorporation.

The article 5, paragraph 3, was inserted by the constitutional amendment number 45, in 2004. This paragraph was added to the original text due to the broad discussion regarding the normative status of international human rights treaties. According to this new paragraph, human rights conventions and treaties approved by the two Houses of the Congress, by two shifts, with three fifths of the votes, will have the same status as constitutional amendments. Thus, these treaties are above ordinary laws.

Because the new paragraph 3 instated a proceeding though which the international human rights treaties should go through in order to be part of the Constitution, new disagreements emerged questioning the normative status of the treaties signed before the amendment, which did not go through the new required procedure.

However, some scholar[12] expressed that this amendment was unnecessary. Paragraph 2 should be enough to give human rights treaties constitutional status. According to Cançado Trindade: "if this constitutional dispositive was given the correct application, we would have advanced towards the incorporation of human rights international protective norms to our domestic legal system." Furthermore, human

9 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.148.

10 ZENOVIC, Predrag. Human Rights enforcement via peremptory norms – a challenge to state sovereignt. Riga: RGSL Research Papers, 2012, p. 5.

11 BONIFÁCIO, Artur Cortez. O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direito fundamentais. São Paulo. Método. 2008, p.45.

12 Cf. MOREIRA, Nelson. Direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

rights could not be limited by Constitutional previsions because they cannot be guaranteed only by the State, the major human rights violator most of the time.

But due to incongruent interpretations, and divergent precedents, human rights treaties have distinct positions in our legal order. This, harms not only the congruence of the subject, but also complicates the enforcement of these international agreements, including the ones concerning women's rights, as this research paper will examine shortly.

## 2. WOMEN'S RIGHTS UNDER HUMAN RIGHTS UNIVERSAL PROTECTION

Promote gender equality is a requirement to fulfill women's rights. According to Jessica Spector: "a society that keeps women economically marginalized through education deprivation and job discrimination ensures a ready pool of women who will be vulnerable."[13] This vulnerability comes from a model of patriarchal society,[14] and affects women's lives in every aspect.

As a policy to promote gender equality, in 1946, the UN Economic and Social Council (ECOSOC) established the Commission on the Status of Women (CSW). The Commission meets annually to define and elaborate UN policies related to gender issues.[15] In addition, this Commission is responsible to create annual reports and also to formulate recommendations to the ECOSOQ regarding emergency cases, which demand immediate actions.

Among the Conferences held since the Commission's creation, it is important to mention the results of the Fourth World Conference on Women, held in Beijing in 1995. The Conference created the Beijing Action Plan, composed of twelve strategies and two mega-strategies to achieve gender equality. The Commission is responsible to follow its implementation. 189 countries adopted the Action Plan unanimously. The Plan is an agenda for women empowerment and is considered the key global policy document on the issue. It sets strategies, objectives and actions in 12 critical areas of concern: women and poverty; education and training of women; women and health; violence against women; women and armed conflict; women and the economy; women in power and decision-making; institutional mechanism for the advancement of women; human rights of women; women and the media; women and the environment; the girl-child.

The adherence of member States to these policies is a challenge, but is not a harder task than the actual implementation. The Commission annual meetings are fundamental to maintain the agenda updated, to constant monitor the Beijing Action Plan enforcement, and to formulate evaluative reports regarding national measures.

13 SPECTOR, Jessica. Prostitution and pornography: philosophical debate about the sex industry. Stanford: Stanford University Press, 2006, p.20.

14 SPECTOR, Jessica. Prostitution and pornography: philosophical debate about the sex industry. Stanford: Stanford University Press, 2006, p.2-3.

15 TRUE, Mona Lena Krook Jacqui. Rethinking the life cycles of international norms: the United Nations and the global promotion of gender equality. European Journal of International Relations. Vol.18, Issue 1, 2010, p. 112.

Besides the creation of the CSW, the universal system also has multilateral human rights treaties, such as the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), the main international document on gender equality.

The resolution n.34/180 from the UN's General Assembly created the treaty. The convention counts with the Optional Protocol to the Convention, adopted by the UN General Assembly on October 6, 1999. The Protocol's goal is to monitor the Convention, enforcing the right to petition when a violation of a right protected by the Convention occurs.[16] Before the proposal of the Optional Protocol, the Convention counted with a proceeding to prepare periodic reports as a monitoring mechanism.

States also recognize the competence of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women to receive and consider communications from individuals or groups, under its jurisdiction, and from victims of any violation of the rights established by the Convention.[17]

For the Convention:

> The term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

With this definition, all signatory States assume the commitment to eradicate gender discrimination, in the public and private spheres. On the article 2 of the Convention, States should "take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise." Thus, it is clear that women's equality should apply to particular relationships also, and not only to the relation between women and State.

The Convention's obligations reflect a changing on sociocultural patterns regarding women's discrimination and inferiority. This is fundamental because discriminatory practices come from historical patriarchal conceptions, which permeates social relations. According to article 5, State members' need

> To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women.

The Convention also expressed on article 10 the importance of appropriated policies to guarantee equality between men and women at the educational level. The member States shall promote:

> (a) The same conditions for career and vocational guidance, for access to studies and for the achievement of diplomas in educational establishments of all categories in rural as well as in urban areas; this equality shall be ensured in pre-school, general, technical, professional and higher technical education, as well as in all types of vocational training;

16 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.184.

17 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.184.

> (b) Access to the same curricula, the same examinations, teaching staff with qualifications of the same standard and school premises and equipment of the same quality;
>
> (c) The elimination of any stereotyped concept of the roles of men and women at all levels and in all forms of education by encouraging coeducation and other types of education which will help to achieve this aim and, in particular, by the revision of textbooks and school programs and the adaptation of teaching methods;
>
> (d ) The same opportunities to benefit from scholarships and other study grants;
>
> (e) The same opportunities for access to programs of continuing education, including adult and functional literacy programs, particularly those aimed at reducing, at the earliest possible time, any gap in education existing between men and women;
>
> (f) The reduction of female student drop-out rates and the organization of programs for girls and women who have left school prematurely;
>
> (g) The same Opportunities to participate actively in sports and physical education;
>
> (h) Access to specific educational information to help to ensure the health and well-being of families, including information and advice on family planning.

These measures should also be applied to employment (article 11), to health care (article 12), and to all other aspects of economic and social life (article 13). All these articles intended the elaboration of political steps by member States to eliminate gender discrimination. It reinforces the importance of a dialogue between national and international law, in order to guarantee a broad protection of human rights at each level.

Therefore, it is important to comprehend how is the relation between the Brazilian legal system to human rights treaties regarding women protection, specially how was the incorporation of the CEDAW, and the Optional Protocol, in order to identify national measures resulted from these international dispositions.

## 3. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND WOMEN'S PROTECTION IN BRAZIL

As previously stated, the practices in Brazil from the military government, from the 1960s until the 1980s, reflected a huge contradiction between Brazilian international standing point and internal disrespect for human rights.[18] In addition, the military dictatorship blocked the incorporation of several human rights treaties. Covenants signed in 1966, such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, as well as the International Covenant on Civil and Political Rights, were ratified only in 1992, after the end of the authoritarian regime.

The introduction of article 5, paragraph 2 in the Brazilian Constitution was a step to insert Brazil in the group of States that protect human rights effectively. According to this paragraph, rights and guarantees expressed in the 1988 Constitution do not

18 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 57-58.

exclude other international treaties from which Brazil is part of. In other words, the paragraph 2 from the 1988 Constitution is a legal gap that opens the possibility of others human rights laws incorporation and application.

Accordingly, international human rights treaties relates to the constitutional text differently than other norms. Treaties can "coincide with the rights protected by the Constitution, integrate, complement, and assist the universe of constitutional rights, as well as contradict them."[19] On this last hypothesis, a constitutional norm would be in conflict with a human rights law.

To understand the normative status of international human rights bodies within Brazilian law is fundamental to access what would occur in case of conflict. It is the only way to follow the classic criteria of legal norms conflict solution, which is: chronology, specialty, and hierarchic.

Currently, there are four theses regarding the hierarchical position of human rights treaties. The first one, considers human rights treaties above the Constitution, due to their high importance. According to Celso de Albuquerque Mello, the "international norm prevails against the constitutional norm, even though if a later Constitution tries to revoke the international norm."[20]

Conversely, the second thesis conceives human rights treaties as ordinary laws. On this perspective, they would have the same status as any other law from our domestic legal system, under the Constitution. The treaties would follow the same logic of these laws: the later norm revokes the previously one on the issue.

A third thesis defends the constitutionality of international human rights laws. According to these scholars, they would have constitutional status due to the subject relevance and the opening of the article 5, paragraph 2, of the Constitution. Thus, there would be no need to discuss conflict solution through the hierarchical criteria because the Constitution and international human rights treaties are norms of the same hierarchy. These scholars apply the victim centric approach, according to the inspirational source that moves the protective architecture of human rights.[21] For Flavia Piovesan, this structure was created exactly to earn the best and most effective "protection for real victims and prevention of human rights violations."[22]

But after the constitutional amendment n. 45/2004, international human rights treaties can only have constitutional status if observed the proceedings of the new paragraph 3 of the article 5 of the Constitution. However, the question remains: what about the treaties ratified previously to the amendment? Would they be under the Constitution, with status of ordinary law, or would they be constitutional due to its subject matter?

19 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

20 MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Renovar, 1999, p. 25.

21 Flávia Piovesan no prefácio da obra: MOREIRA, Nelson Camatta. Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 18.

22 Flávia Piovesan no prefácio da obra: MOREIRA, Nelson Camatta. Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 18.

The Supreme Court of Brazil adopted a fourth possibility. At this opportunity, the Minister Gilmar Mendes returned to the thesis of human rights supra-legality.[23] According to this thesis, international human rights treaties would be under constitutional norms, but above ordinary laws. Until this judgment, the Supreme Court of Brazil had considered human rights treaties as having the same status of ordinary law, without any distinction between general international treaties and human rights treaties.

According to the Minister, human rights treaties that did not go through the procedural incorporation established by paragraph 3 cannot overthrow a constitutional norm. This is the case of the Inter-American Convention on Human Rights, which was ratified before this rule; as well as the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, which came into force in 1984, and then, without reservations, in September 2002. However, these treaties could overthrow ordinary laws.

The Court considered only procedural questions, and did not considered the relevant material value of human rights laws. Nevertheless, some scholars[24] still sustain that all international human rights treaties have constitutional status. According to Andre de Carvalho Ramos[25]:

> It is undeniable the constitutional status of international human rights treaties if we have in mind the article 1 of our Constitution (the rule of law, and human dignity as pillars of the Republic), as well as the article 5, paragraph 2.

For Flavia Piovesan, "according to the paragraph 2 of the article 5, all human rights treaties are materially constitutional."[26] To this author, it is fundamental to recognize the criteria of the most favorable norm to the victim to solve eventual conflicts. Human rights treaties have the same protective intention of the 1988 Constitution.

It is also possible to recognize the constitutional status of the CEDAW to avoid inconsistences. Currently, human rights treaties have two different treatments. If they were incorporated before 2004, and followed the ordinary procedure, voted by simple majority, its norms are infra constitutional. If they were ratified after 2004, and followed the special procedure of the paragraph 3, these treaties have Constitutional status. Thus, it is possible that one human rights treaty would be superior to another one in the same subject. This does not sustain any congruence to human rights characteristics, such as universality, invisibility, and non-hierarchy.

As an example, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, a treaty that was incorporated by our legal system through the special procedure of the article 5, paragraph 3, it is hierarchically superior to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, and to all others human rights treaties previously to this norm, including the Inter-American Convention on Human Rights, when there is no such hierarchy between the rights they protect.

23 MOREIRA, Nelson. Direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.162.

24 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

25 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.423.

26 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

Human rights law, such as the Women Convention, cannot be viewed as a subsidiary source. It should be treated as standard norms to assess the constitutionality of other legal dispositions. To Michel Rosenfeld,[27] the incompleteness and the permanent openness are inherent to the modern constitutional project, because: "a constitutional written text is incomplete not only because does not address all the subjects it should address, but because it is not able to consider exhaustively all issues that could rise from the subjects it addressed."

It is necessary to stop consider international human rights treaties a national matter[28], always subordinated to the national law. This view empties the historical reasoning of these instruments to not trust human rights protection solely to States. In the specific case of the CEDAW, consider this instrument as a national issue also ignores women's historical marginalization worldwide.

Still, challenges regarding the Convention's implementation are many. But to consider its norms as constitutional law can be an important tool for female's advocacy. The inconsistency between the Convention, since first incorporated, in 1984, and the Brazilian Civil Code from 1916, which was in force until December 2002, can give us an example. The Civil Code considered married women as incapable to take any decision regarding her own life. It was a formal contraction to the part IV of the Convention, which ruled against women's legal incapacity, and other subjects related to marriage and family relations. This contradiction has never been challenged. Society evolved and this Civil Code is not longer in force. However, if the Convention norms had been considered constitutional since its first incorporation, jurists would have had more space to debate the constitutionality of the Civil Code.

The Convention also recommends affirmative actions, on a temporary character, to enforce the measures proposed. Following the CEDAW recommendation, the Brazilian law n. 9504/97 established a minimum of 30% of women on each political party. This was adopted towards a greater representation of women within the politics, historically occupied by men.

This affirmative action is fundamental because without women's representation, women issues, such as abortion and birth control, will never be properly discussed or approved. Without female representation, women's perspectives to every aspect of life will never have the attention they deserve. It is a significant step because the political sphere is also a place for freedom and establishment of relations between equals.[29] For a long time, this public domain was not part of women's world. The social conception stood that "proper women do not talk about politics; it is inconvenient and rude."[30]

Slowly, this paradigm is being transformed, and affirmative actions can expedite this change. The actual scenario still structures a model that is excluding, and tends to benefit men. In order to have gender equality and respect for women's rights, we need to transform this reality. Law can be an important tool for this process. A process entrenched in women's rights universalization, as well as nationalization.

27 ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 50.

28 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 433.

29 ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.62.

30 PERROT, Michelle. Mulheres ou os silêncios da História. 1. ed. São Paulo: EDUSC, 2009. p. 464.

## FINAL CONSIDERATIONS

First, this research paper aimed to explain how the historical affirmation of human rights occurred, considering the post World War II scenario as a landmark that requested change within the structure of International Law, and mostly, within Human Rights Law. Significant internal transformations within States echoes at the international law, and new international frameworks reflect at the domestic level.[31]

The post WWII requested States re-structuration. They could no longer be considered as islands that have minimum relations with other States. Human rights affirmation requires constant cooperation, as well as treaties reception and incorporation. The several transformations at the global level created the necessity to construct something new at the national level, a constitutionalism opened to the internationalization of human rights protection. International law has superseded boarder of States, and it is now "relevant to other legal orders, including non-State actors."

In this scenario, international women's rights protection has special importance. It constitutes a necessary condition for gender equality enforcement, so asserted throughout several international documents. The Women Convention, after integrated to our domestic legal system, according to the Supreme Court of Brazil, has the same status and effect of infra-constitutional norms.

However, for important scholars, the article 5, paragraph 2, of the 1988 Constitution permits a different interpretation. According to them, international human rights treaties would be incorporated immediately by our Constitution. They would have instantly constitutional status, differently from other treaties, which would be subjected to the procedure established by the amendment 45/2004.

To eliminate discrimination and to secure gender equality, the CEDAW is composed by a preamble and thirty articles divided in six different parts. On the introduction, the document reminds that women discrimination violates the principle of equality and the respect for human dignity. It does not matter if this discrimination occurs at the political, social, economic, or cultural sphere. It constitutes "an obstacle to the fulfillment of society and family well-being and obstructs the development of women's potentialities to serve her country and her community." International law as well as national law shall promote combat gender discrimination.

Finally, a written constitution cannot exhaustively address all issues that could rise from individual relations within the State's scope. Therefore, a constitutional legal order needs to use other sources to enrich itself. To promote equality, the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women is one of these sources. The Convention deserves a more prevalent role at our domestic legal system.

31 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 35.

## REFERENCES

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direito fundamentais*. São Paulo. Método. 2008.

CABRAL, Karina Melissa. *Direito da mulher:* de acordo com o Novo Código Civil. 1. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARDENS, Kew. *O status intelectual da mulher*. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional:* ensaios políticos. São Paulo: LitteraMundi, 2002.

HOBSBAWN, Eric. *Sobre história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos Costumes*. Lisboa: CalousteGulbenkian, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Revista e Ampliada*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 1999.

MOREIRA, Nelson. *Direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PERROT, Michelle. *Mulheres ou os silêncios da História*. 1. ed. São Paulo: EDUSC, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. *Direitos Humanos e seu processo de universalização*: análise da Convenção Americana. Curitiba: Juruá, 2003.

SPECTOR, Jessica. *Prostitution and pornography*: philosophical debate about the sex industry. Stanford: Stanford University Press, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

TRINDADE, José Daminhão de Lima. *História social dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

TRUE, Mona Lena Krook Jacqui. Rethinking the life cycles of international norms: the United Nations and the global promotion of gender equality. *European Journal of International Relations*. Vol.18, Issue 1, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Globalização e constituição republicana. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*: desafios do direito constitucional internacional.São Paulo. Max Limonad. 2002.

ZENOVIC, Predrag. Human Rights enforcement via peremptory norms – a challenge to state sovereignt. Riga: RGSL Research Papers, 2012.

RECEBIDO EM 18/01/2018
APROVADO EM 07/02/2018

# INTERFACES ENTRE A ANTROPOLOGIA E O DIREITO: UMA DISCUSSÃO SOBRE O ANTI ANTI-RELATIVISMO DE CLIFFORD GEERTZ

## *INTERFACES BETWEEN ANTHROPOLOGY AND LAW: A DISCUSSION ON CLIFFORD GEERTZ'S ANTI ANTI-RELATIVISM*

**Luana Renostro Heinen**[1]

**Marcel Mangili Laurindo**[2]

**RESUMO:** A antropologia pode contribuir para que os juristas visualizem o fenômeno jurídico como produto da cultura e, por isso, marcado por grande diversidade. A proposta do trabalho é analisar como o relativismo e o *anti anti-relativismo* de Clifford Geertz podem lançar luzes sobre o direito. Apresenta-se o etnocentrismo e o evolucionismo cultural para depois explorar sua presença no direito e a contribuição da antropologia, com o relativismo, para se questionar essas visões. Em seguida, faz-se uma análise do *anti anti-relativismo* de Clifford Geertz para compreender as críticas que recebeu o relativismo e como Geertz as rebate, para se discutir, no segundo momento, como os juristas podem aprender a lançar um olhar através do espelho que possibilite criticar também os próprios pressupostos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relativismo. Anti anti-relativismo. Cultura. Direito.

**ABSTRACT:** Anthropology can help jurists visualize the legal phenomenon as a product of culture, which is why great diversity marks it. The purpose of the paper is to analyze how Clifford Geertz's relativism and anti-relativism can shed light on the law. Ethnocentrism and cultural evolutionism are presented and then to explore their presence in law and the contribution of anthropology, with relativism, to question these visions. Then an analysis of the anti-relativism of Clifford Geertz is made to understand the criticisms received by relativism and how Geertz refutes them, to discuss, in the second moment, how jurists can learn to cast a glance through the mirror which makes it possible to criticize the assumptions themselves.

**KEYWORDS:** Relativism. Anti anti-relativism. Culture. Law.

1 Professora Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela UFSC. luana.heinen@ufsc.br

2 Defensor Público do Estado de Santa Catarina, Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Mestre em Sociologia Política pela UFSC. mangili84@gmail.com

## INTRODUÇÃO: A INTERFACE ENTRE A ANTROPOLOGIA E O DIREITO

Este trabalho parte da compreensão da antropologia jurídica como compartimento particular do saber mais geral que é antropologia. A qualificação jurídica situa-se, assim, no mesmo patamar que os outros adjetivos como cultural, econômica, política e social.[3]

Para autores como Rouland (2008) e Bôas Filho (2007), a antropologia jurídica se desenvolveu como uma espécie de subproduto do expansionismo imperial do século XIX: um saber voltado à dominação – conhecer melhor as sociedades colonizadas tinha a finalidade de dominá-las de modo mais eficaz.

Prevaleceu, em seus primórdios, a dimensão instrumental da antropologia, voltada à gestão dos povos considerados "primitivos". Ao longo de seu desenvolvimento, entretanto, a antropologia foi se afastando progressivamente dessas características de origem – apresentou contradições e ambiguidades que lhe permitiram superar as determinações de seu contexto de formação. Segundo Bôas Filho (2007, p. 339), ainda no período colonial, a antropologia também se caracterizou por posturas críticas da dominação colonial.

Hoje, cabe questionar: quais as contribuições que a antropologia pode trazer ao direito? Ou, ainda, como o olhar antropológico pode ajudar os juristas a visualizarem questões que não podem ser vistas a partir da "lente jurídica"?

Discutindo as implicações e experiências da disciplina de antropologia jurídica nas Faculdades de Direito, Pazello, Maso e Kobora, concluem que o ensino de antropologia acaba por produzir perplexidades, na medida em que possibilita à comunidade acadêmica do direito visualizar que "seu objeto [de estudo] não é universal nem tampouco o é sua forma de interpretá-lo e/ou realizá-lo" (2011, p. 86). Assim, a noção do direito como um campo cultural traz a ideia de um conhecimento articulado, contingente e ideográfico, contribuindo para a redefinição de sua autoimagem, com vistas a problematizá-la no tempo e no espaço.

Visualizar o direito como campo cultural abre um novo universo de possibilidades para estudar ordenamento jurídico como um conjunto de regras em movimento, uma construção histórica e cultural que, portanto, pode ser produzida e reproduzida dentro e fora da esfera estatal.

É justamente essa a contribuição da antropologia, vivenciada e problematizada por Pazello, Maso e Kobora, que Rouland exalta. Para o jurista francês, a teoria do Direito construída por Hans Kelsen, que acabara por identificar Estado e Direito e rejeitara o sincretismo metodológico e científico na construção da ciência jurídica, "deixou uma marca profunda nos juristas" (ROULAND, 2008, p. 403). Entretanto, apesar do sucesso que alcançou, a ciência do Direito de Kelsen não teria "resistido às provas do tempo nem às dos fatos" (ROULAND, 2008, p. 404). A antropologia poderia, então, contribuir para uma abordagem intercultural e pluralista do direito, na construção de um direito que responda melhor aos problemas da pós-modernidade, para evitar que tanto o sistema da modernidade, quanto o sistema da tradição vá longe demais: as sociedades

3 Ver Jacques Vanderlinden apud Bôas Filho, 2007, p. 347, nota 5.

tradicionais podem aprender com as experiências das sociedades ocidentais e com as conquistas da modernidade, assim como a experiência das sociedades tradicionais é indispensável para nossa sociedade ocidental. A antropologia poderia demonstrar "como a uniformidade pode destruir a unidade, e os meios de paliar seus excessos" (ROULAND, 2008, p. 406).

A partir da leitura acima exposta quanto às contribuições da Antropologia Jurídica para o estudo do Direito, a proposta do presente trabalho é esboçar as contribuições do relativismo antropológico e "*anti anti-relativismo*" do antropólogo norte-americano Clifford Geertz para a compreensão do fenômeno jurídico.

## 1. ETNOCENTRISMO E RELATIVISMO: A QUESTÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL

O etnocentrismo é a visão que considera a sua cultura como melhor e superior às demais culturas, vistas como selvagens e inferiores. Um fenômeno que mistura elementos intelectuais, mas também emocionais (cf. ROCHA, 1994). Em geral, o etnocentrismo se caracteriza por uma postura que diferencia o civilizado e o selvagem. Não pode ser tido propriamente como a cultura de uma época, pois caracteriza o choque cultural – sempre possível – quando alguém se defronta com uma cultura totalmente diferente da sua. Trata-se de uma postura de imediata rejeição e aversão ao outro, como explica Claude Levi-Strauss:

> "Hábitos de selvagem", "na minha terra é diferente", "não se deveria permitir isso", etc., tantas reações grosseiras que traduzem esse mesmo calafrio, essa mesma repulsa, diante de maneiras de viver, de crer ou de pensar que nos são estranhas. Assim, a Antiguidade confundia tudo que não participava da cultura grega (depois greco-romana) sob a mesma denominação de bárbaro; a civilização ocidental utilizou em seguida o termo de selvagem com o mesmo sentido. (LEVI-STRAUSS, 1976, p. 333)

Como explica Levi-Strauss (1976), essa atitude rejeita a evidente diversidade cultural humana. Diversidade que se caracteriza e se configura não somente pelo isolamento das culturas – o que é muito raro, segundo Levi-Strauss (1976, p. 333), dando-se somente excepcionalmente e por curtos períodos – mas principalmente pelos encontros de culturas e pela necessidade de se diferenciarem dos demais grupos e de serem si próprios. Por isso, essa diversidade é, na verdade, menos em função do afastamento dos grupos humanos e mais de suas relações.

Mas por que, diante da evidente diversidade de culturas, adotamos a postura grosseira do etnocentrismo? Segundo Levi-Strauss (1976, p. 334) a atitude baseia-se em fundamentos psicológicos sólidos, de modo que tende a reaparecer quando estamos diante de uma situação inesperada.

O paradoxo do etnocentrismo é que rejeitar o outro como selvagem é o que caracteriza o selvagem de forma mais particular:

> Esta atitude de pensamento, em nome da qual os "selvagens" (ou todos aqueles que se convencionou considerar como tais) são excluídos da humanidade, é justamente a atitude mais marcante e distintiva destes próprios selvagens. Com efeito, sabe-se

> que a noção de humanidade, englobando, sem distinção de raça ou civilização, todas as formas da espécie humana é muito recente e de expansão limitada. Mesmo onde ela parece ter atingido seu desenvolvimento mais elevado, não é certo, de modo algum – como a história o mostra – que não esteja sujeita a equívocos ou regressões. (LEVI-STRAUSS, 1976, p. 334)

Assim, Levi-Strauss (1976, p. 334) nos ensina que o etnocentrismo é muito comum, pois, para vastas frações de povos ao longo de muitos anos, a ideia de uma humanidade una não existia. Tanto que era comum muitas tribos se autodesignarem como "seres humanos" ("bons", "perfeitos") enquanto os outros (que não partilhavam as mesmas virtudes e humanidade) eram tidos como maus. Aí está seu paradoxo: ao ter o outro como bárbaro está-se tomando emprestada uma atitude típica daqueles que se tem como bárbaros: "O bárbaro é inicialmente o homem que acredita na barbárie." (LEVI-STRAUSS, 1976, p. 335).

Aqui se encontra também o paradoxo dos direitos humanos: afirma-se uma humanidade única, no entanto, essa afirmação parece contradizer a observação comum de que há uma enorme diversidade cultural. Esse paradoxo é a força e a fraqueza das declarações de direitos dos homens:

> As grandes declarações dos direitos do homem têm também elas esta força e esta fraqueza: enuncia um ideal que raramente atenta para o fato de que o homem não realiza sua natureza numa humanidade abstrata, mas em culturas tradicionais, cujas mudanças as mais revolucionárias deixam subsistir aspectos intactos e se explicam a si mesmas em função de uma situação estritamente definida no tempo e no espaço. Colocado entre a dupla tentação de condenar experiências que o ferem afetivamente e de negar diferenças que não compreende intelectualmente, o homem moderno entregou-se a centenas de especulações filosóficas e sociológicas, para chegar a acordos inúteis entre pólos contraditórios e explicar a diversidade das culturas procurando suprimir o que ela tem de escandaloso e chocante. (LEVI-STRAUSS, 1976, p. 335)

Liga-se ao etnocentrismo, ainda, o evolucionismo social:

> Mais precisamente, trata-se de uma tentativa de suprimir a diversidade das culturas fingindo reconhece-las plenamente. Pois ao tratar os diferentes estados em que se encontram as sociedades humanas, tanto antigas quanto longínquas, como *estágios* ou *etapas* de um desenvolvimento único que, partindo do mesmo ponto, deve fazê-los convergir para a mesma meta, vê-se bem que a diversidade é apenas aparente. A humanidade se torna única e idêntica a si mesma; só que esta unidade e identidade se podem realizar progressivamente, e a variedade das culturas ilustra os momentos de um processo que dissimula uma realidade mais profunda ou atrasa sua manifestação. (LEVI-STRAUSS, 1976, p. 336)

O evolucionismo social diferencia-se claramente do evolucionismo biológico, podendo ser considerado um falso evolucionismo. O evolucionismo biológico nasceu como uma hipótese de trabalho de Charles Darwin, pautada em observações e com um espaço pequeno para interpretações. Os fósseis e as gradativas alterações biológicas dos organismos permitiram ao naturalista corroborar a hipótese da evolução das espécies. De maneira distinta, quando se trata de uma evolução das culturas é muito mais difícil testar qualquer hipótese, em especial porque os diferentes modos, por exemplo, de se talhar uma peça como um machado (LEVI-STRAUSS, 1976, p. 335) não dão origem

a outra peça, assim também não há como afirmar com alto grau de probabilidade uma cadeia evolutiva de instituições, crenças ou desejos.

Além disso, o evolucionismo social é anterior ao biológico: pode-se encontrar já nas afirmações de Pascal que comparava a humanidade a um ser biológico, tendo sido mais desenvolvido posteriormente por Herbert Spencer (mais ligado ao evolucionismo social) e Edward Tylor (um dos principais nomes do evolucionismo cultural, juntamente com Lewis Morgan e James Frazer). Como explica Levi-Strauss (1976, p. 337), o evolucionismo social não se trata de uma teoria científica, mas de uma falsa maquiagem para o problema filosófico da diversidade das culturas humanas diante da unidade da humanidade.

Como contraponto ao etnocentrismo e ao evolucionismo cultural, desenvolveu-se no âmbito da antropologia o relativismo cultural. Foi com Franz Boas no final do século XIX que essa perspectiva começou a se desenvolver de maneira marcante: "foi ele o primeiro a perceber a importância de estudar as culturas humanas nos seus particulares" (ROCHA, 1994, p. 40). Boas se contrapôs a então dominante perspectiva evolucionista nos estudos antropológicos e "desenvolveu o particularismo histórico (ou a chamada Escola Cultural Americana), segundo a qual cada cultura segue os seus próprios caminhos em função dos diferentes eventos históricos que enfrentou" (LARAIA, 2001, p. 39).[4]

Para Rapchan, adotar a perspectiva relativista simultaneamente à realização do trabalho de campo, a partir do final do século XIX, significou "a abertura das possibilidades que desembocaram lenta, mas eficazmente, na produção de um tipo de conhecimento dedicado a registrar e refletir sobre o humano, em que pesam todas as tendências localistas e universalistas voltadas a pensar as culturas" (RAPCHAN, 2002, p. 261). De acordo com Rapchan, o relativismo é hoje condição *sine qua non* para o desenvolvimento da antropologia. Independentemente da tendência, escola ou corrente que se observe, implica, assim, que a antropologia se paute na "recusa ao julgamento das culturas humanas a partir de parâmetros morais, estéticos, políticos ou quaisquer outros, referências que fundamentam cânones externos ao grupo em questão" (RAPCHAN, 2002, p. 261).

Relativizar é o eterno exercício de transformar o familiar em exótico e o exótico em familiar (DAMATTA, 1987, p. 14).

## 2. O ANTI ANTI-RELATIVISMO DE CLIFFORD GEERTZ

A adoção da perspectiva relativista na antropologia tem uma importância central para esse campo de estudos: trata-se, hoje, de sua característica central. Mas essa

4 Antes ainda das obras de Franz Boas alguns autores demonstravam posturas relativistas em seus escritos antropológicos. É o caso, por exemplo, de Michel de Montaigne que, no ensaio "Os canibais" expõe sua visão sobre a sociedade indígena face à europeia dizendo que não vê: "nada de bárbaro ou selvagem no que dizem daqueles povos [indígenas]; na verdade, cada qual considera bárbaro o que não se prática em sua terra". Sobre os ritos antropofágicos afirma: "Não me parece excessivo julgar bárbaros tais atos de crueldade, mas que o fato de condenar tais defeitos não nos leve à cegueira acerca dos nossos. Estimo que é mais bárbaro comer um homem vivo do que o comer depois de morto; e é pior esquartejar um homem entre suplícios e tormentos e o queimar aos poucos, ou entregá-lo a cães e porcos, a pretexto de devoção e fé, como não somente o lemos mas vimos ocorrer entre vizinhos nossos conterrâneos." (Montaigne apud SANTOS, 2008, p. 42).

perspectiva seria uma postura prévia adotada pelos antropólogos ou estaria implícita no campo antropológico?

Para o fundador da antropologia interpretativa, o antropólogo norte-americano Clifford Geertz, o relativismo estaria implícito no campo: "talvez particularmente na antropologia cultural, mas também em boa parte da arqueologia, da linguística antropológica e da antropologia física" (GEERTZ, 2001, p. 49). De acordo com Geertz:

> Não foi a teoria antropológica como tal que fez nosso campo de investigação parecer um argumento poderoso contra o absolutismo no pensamento, na moral e no juízo estético, mas sim os dados antropológicos: costumes, crânios, vestígios arqueológicos e léxicos. A ideia de que foram Boas, Benedict e Melville Herskovits, com a ajuda européia de Westermarck, que infectaram o nosso campo com o vírus relativista, e de que Kroeber, Kluckhohn e Redfield, com ajuda similar de Lévi-Strauss, lutaram para nos livrar dele, não passa de mais um mito a confundir toda essa discussão. Afinal, Montaigne pôde tirar conclusões relativistas, ou de aparência relativista, de ter ouvido falar que os caraíbas não usavam calças; não precisou ler *Patterns of Culture*. Mesmo antes disso, contemplando "certos indígenas da raça chamada calaciana", entre os quais dizia-se que os homens comiam os próprios pais, Heródoto chegou, como seria de se esperar, a visões semelhantes. (GEERTZ, 2001, p. 49)

Esse trecho foi retirado do livro *Nova Luz sobre a Antropologia*, uma coletânea de ensaios do antropólogo norte-americano, com textos autobiográficos, ensaios que discutem "angústias morais" surgidas do trabalho de campo, questões epistemológicas e políticas. O capítulo 3, que é dedicado à discussão sobre o relativismo, recebeu título intrigante, de acordo com a verve do autor: "Anti anti-relativismo".

Geertz explica que o objetivo do texto é destruir o medo do relativismo cultural. Mas atacar o anti-relativismo é diferente de defender a visão relativista. O estilo do título através-do-espelho sugere que a dupla negativa objetiva rejeitar algo (o anti-relativismo) sem que com isso se comprometa com o que este algo rejeita – ou seja, rejeita o anti-relativismo, mas sem adotar o relativismo.

Nessa empreitada "anti anti-relativista", o norte-americano explica que a maioria dos conceitos de "relativismo" foi formulada por seus adversários que o pintaram de forma absoluta. Para seus inimigos, o relativismo conduziria ao niilismo, subjetivismo, incoerência, maquiavelismo, estupidez ética, cegueira estética. Como exemplo, Geertz cita Paul Johnson que no livro *Modern Times*, em que descreve a história do mundo depois de 1917 aponta o relativismo como o grande mal do século XX:

> [...] começando por um capítulo intitulado 'Um mundo relativista' [...], descreve todo o desastre moderno – Lenin, Hitler, Amin Bokassa, Sukarno, Mao, Nasser e Hammarskjöld, o estruturalismo, o New Deal, o holocausto, as duas guerras mundiais, 1968, a inflação, o militarismo xintoísta, a OPEP e a independência da Índia – como resultado de uma coisa chamada 'a heresia relativista'. 'Um grande trio de inventivos sábios alemães' – Nietzsche, Marx e (com a poderosa ajuda de Frazer – nossa contribuição) Freud – destruiu moralmente o século XIX, assim como Einstein, ao acabar com o movimento absoluto, destruiu-o cognitivamente, e Joyce, ao abolir a narrativa absoluta, destruiu-o esteticamente (GEERTZ, 2001, p. 52-53).

Porém, Geertz duvida que o relativismo, entendido como excessiva sensibilidade aos elementos de outras culturas, conduza ao niilismo, à falta de opinião sobre o que é bom ou mal, verdadeiro ou falso:

> A imagem de um vasto número de leitores de antropologia vagando por aí com uma mentalidade tão cosmopolita a ponto de não terem opinião sobre o que é ou não verdadeiro, bom ou belo, parece-me sobretudo uma fantasia. Pode haver alguns niilistas autênticos por aí, na Rodeo Drive de Bervely Hills ou em Times Square, mas duvido que muitos se tenham tornado niilistas por excessiva sensibilidade aos apelos de outras culturas; e pelo menos a maioria das pessoas que eu encontro, leio ou sobre quem leio, assim como eu mesmo, está totalmente comprometida com uma coisa ou outra, em geral provinciana. "É o olhar da infância que teme os demônios de brinquedo": o anti-relativismo, em boa parte engendrou a angústia de que se alimenta. (GEERTZ, 2001, p. 51)

Partindo da percepção de que posições relativistas estão no cerne da herança antropológica, Geertz defende: o que parece um debate sobre as implicações mais amplas da antropologia é, na verdade, um debate sobre como conviver com elas. O relativismo e o anti-relativismo devem fornecem respostas genéricas à maneira como nossa percepção das coisas é afetada pelo impulso centrífugo da antropologia – lugares distantes, épocas distantes, espécies distantes... gramáticas diferentes. O relativismo serve, assim, para afugentar certos modos de pensar e nos encaminhar para outros, não para gerar mentes niilistas.

Foram várias as tentativas de aplacar o relativismo (entre elas o materialismo harrisoniano e o evolucionismo popperiano). Geertz concentra-se, em sua empreitada teórica, basicamente em duas: a) a perspectiva naturalista, que buscou, em termos gerais, restaurar um conceito de "Natureza Humana" independente do contexto[5]; e b) a perspectiva racionalista que buscou reinstituir o conceito de "Mente Humana" também independente do contexto[6].

Geertz faz uma ressalva de que a discussão que ele quer fomentar não está a insinuar que os seres humanos não seriam seres biológicos com características intrínsecas:

> Os homens não podem voar e os pombos não podem falar. Nem se trata de saber se eles exibem atributos comuns de funcionamento mental onde quer que os encontremos. Os papuanos invejam, os aborígenes sonham. A questão é como devemos entender esses fatos indiscutíveis ao explicarmos rituais, analisarmos ecossistemas, interpretarmos sequências fósseis ou compararmos línguas. (GEERTZ, 2001, p. 54)

Geertz também não está questionando a validade das ciências que aponta como naturalistas ou racionalistas, mas está preocupado com as posições que essas pesquisas têm fomentado: "são os machados que, com uma determinação crescente, quase evangélica, estão sendo ativamente afiados com a ajuda delas" (GEERTZ, 2001, p. 55).

Dentro da perspectiva naturalista, por exemplo, a obra de Mary Midgley, *Beast Man, The Roots of Human Nature*, trata da natureza humana e do problema do mal, destacando que os males são reais e não uma fantasia criada pela cultura. Haveria, assim, uma estrutura adjacente à natureza humana que a cultura completaria e exprimiria.

5 Geertz se refere a sociobiologia, psicologia evolucionista e outras orientações hiperadaptativas, mas também a perspectivas derivadas da psicanálise, da ecologia, da neurologia, da etologia do imprinting, de certos tipos de teoria do desenvolvimento e de algumas correntes do marxismo.

6 Trata-se do neo-intelectualismo associado ao estruturalismo e outras orientações hiperlogicistas; linguística gerativa, psicologia experimental, pesquisa sobre inteligência artificial, microssociologia do estratagema e contra-estratagema e certos tipos de teoria do desenvolvimento derivadas do marxismo.

A autora se apoia na zoologia, em estudos sobre a natureza de outras espécies para sustentar seus argumentos. Diante dessa teorização, Geertz questiona: que fatos serão antinaturais e quais abominações serão impositivas?

Midgley responde afirmando que haveria um sentido fraco e um sentido forte para os conceitos. Assim, no sentido fraco, o sadismo seria natural (o que significa que existe e deve ser reconhecido – há impulsos naturais), mas num sentido forte seria antinatural (uma política baseada no sadismo, por exemplo, e imposta às pessoas seria contrária à constituição da natureza humana). Geertz chama essa resposta de "malabarismo conceitual", por meio do qual:

> [...] (o natural pode ser antinatural quando pensamos na natureza "em seu sentido pleno") revela a tese básica de todos esses argumentos fundamentados na Natureza Humana: a virtude (cognitiva, estética, moral, tanto faz) está para o vício assim como a adequação está para a desordem, a normalidade para a anormalidade, o bem-estar para a doença. A tarefa do homem, como a dos pulmões ou da tireoide, é funcionar direito. Evitar os incapacitados pode ser perigoso para a saúde. (GEERTZ, 2001, p. 57)

Com esse tipo de teoria, passa-se a afirmar a existência de um "desvio", que é sempre desvio de um determinado padrão.[7] Assim, o medo do relativismo levou a uma concepção de natureza humana em que a diversidade cultural corresponde a uma série de expressões, algumas sadias e outras não, de uma realidade subjacente estável (natureza essencial do homem) e caberia à antropologia discernir a substância dessa realidade. Não se pode perder de vista que esse conceito se amolda a praticamente qualquer forma, a qualquer ideologia que apareça. Com sua verve habitual, Geertz (2001, p. 61) ironiza: "'uma das características centrais da Natureza Humana', teria dito um gênio anônimo 'é um judiciário autônomo'".

Por sua vez, a perspectiva racionalista apresenta, segundo Geertz (2001), semelhanças com a naturalista, em sua tendência a ver a diversidade como superficial e a universalidade como profunda. Representa interpretações pessoais como qualidades essenciais impostas pelos objetos ao pensamento e não como construções mentais impostas ao objeto.

Entretanto, há divergências. Enquanto o naturalismo visualiza o relativismo moral como a causa dos males da humanidade, o racionalismo vê o relativismo conceitual como essa causa; o naturalismo enfatiza o desvio (foca nos desvios de conduta), enquanto racionalismo traz de volta a concepção de "pensamento primitivo" (dá ênfase aos enigmas da crença). Haveria, de acordo com Geertz, uma gama de teorias racionalistas que se posicionam contra o relativismo, elas teriam em comum "uma visão fundacionista da Mente". Geertz dá relevo a uma coletânea anti-relativista organizada por Martin Hollis e Steven Lukes: *Rationality and Relativism*. Entre os autores da coletânea há três antropólogos da coletânea: Ernest Gellner, Robin Horton e Dan Sperber.

7 Nesse sentido, é bastante demonstrativo o trabalho de Robert Edgerton (no livro Estudo do desvio: homem marginal ou homem comum?) que conclui ser necessário para tornar produtiva a pesquisa em antropologia uma concepção de natureza humana universal. Sobre o texto de Edgerton, afirma Geertz: "O 'instinto' de autopreservação do homem, seu mecanismo de luta e fuga e sua intolerância ao tédio são usados como exemplos [da natureza humana universal]; e, num argumento que eu minha inocência eu supunha haver desaparecido da antropologia, junto com o evemerismo e a promiscuidade primitiva, sugere-se que, se tudo correr bem com a ciência, poderemos, com o tempo, ser capazes de julgar não apensar indivíduos mas sociedades inteiras como desviantes, falhas e antinaturais" (GEERTZ, 2001, p. 60).

Gellner ressalta, ao criticar o relativismo, que o fato de outras pessoas não acreditarem em nossa explicação para a formação da realidade não prova que não seja a única correta. Horton, por sua vez, defende um núcleo cognitivo comum, uma teoria principal do mundo, culturalmente universal, que sofreria apenas variações banais. Mas é Sperber que desfere o ataque mais radical. Para ele, o relativismo não é uma posição defensável porque não tem ideias, mas *meias ideiais, semicrenças.* O relativismo implicaria em representações mal formuladas de quando se busca processar mais informações do que permite nossa capacidade conceitual intrínseca.

Sobre essas posições, conclui Geertz: "a ressurreição da Mente Humana como ponto imóvel do mundo em rotação desfaz a ameaça do relativismo cultural ao desarmar a força da diversidade cultural. Como acontece com a 'Natureza Humana', a desconstrução da alteridade é o preço da verdade" (GEERTZ, 2001, p. 65). No entanto, essa *verdade* não vale seu preço.

Cabe à antropologia, afirma Geertz, examinar dragões, não os domesticar ou abominá-los. Importa manter o mundo em desequilíbrio, puxando tapetes – tranquilizar é tarefa de outros, a tarefa da antropologia é inquietar:

> Nesse movimento de distanciamento de antigos triunfos transformados em comodismo, de grandes avanços de outrora transformados em barreiras, a antropologia desempenhou em nossa época um papel de vanguarda. Fomos os primeiros a insistir numa série de coisas: que o mundo não se divide entre devotos e supersticiosos; que há esculturas nas selvas e pinturas nos desertos; que a ordem política é possível sem o poder centralizado, e a justiça, proba sem regras codificadas; que as normas da razão não foram estabelecidas na Grécia nem a evolução da moral se consumou na Inglaterra. Mais importante, fomos os primeiros a insistir em que vemos a vida dos outros através das lentes que nós próprios polimos e que os outros nos vêem através das deles. Não é de surpreender que isso tenha levado alguns a pensar que o céu estava desabando, que o solipsismo se apoderara de nós e que o intelecto, o juízo e até a simples possibilidade de comunicação haviam desaparecido. A redefinição de horizontes e a descentralização de perspectivas já tiveram esse efeito antes.

Nesse sentido, a objeção de Geertz ao anti-relativismo se dá não por este rejeitar a ideia de que "tudo depende de como você vê as coisas" ou uma abordagem local da moral, mas pelo fato de imaginar que tais abordagens só podem ser derrotadas se a moral for posta acima da cultura e o conhecimento acima de ambas.

Cabe valorizar e reconhecer a cultura. Assim, a contribuição da antropologia é justamente fazer com que os juristas se atentem para a alteridade, para o reconhecimento do outro em seu mundo, para a efemeridade, para as mudanças culturais, para a falta de harmonia e para a ausência de solidez.

## 3. A CONTRIBUIÇÃO DE GEERTZ PARA SE REFLETIR SOBRE O DIREITO

A antropologia pode contribuir de forma muito significativa para que os juristas lancem novos olhares para a sociedade, em especial, para a diversidade cultural.

Primeiramente, o estudo de antropologia pode auxiliar na desconstrução do "senso

comum teórico dos juristas" (para se utilizar uma expressão de Luis Alberto Warat, 1982) que tendem a visualizar a história a partir de uma perspectiva evolucionista. O evolucionismo se encontra nos manuais jurídicos e se manifesta de maneira especial nos primeiros capítulos dos Trabalhos de Conclusão de Curso[8] apresentados pelos estudantes de Direito – em geral, o primeiro capítulo é dedicado à história do instituto estudado pelo aluno, fazendo-se uma digressão que remonta aos gregos e romanos e chega até o presente de forma linear e progressiva. Assim, os juristas tendem a ver os institutos jurídicos atualmente em vigor como o resultado de uma evolução e de um progresso contínuo, com isso, olham para as culturas que possuem institutos jurídicos diferentes como culturas atrasadas, que ainda não chegaram a mesma etapa da evolução histórica em que se encontram. Essa percepção simplista calcada na ideologia do progresso pode ser repensada a partir do olhar relativista da antropologia, em que os juristas irão perceber que não é simples se traçar a relação cultural entre os institutos do Direito civil brasileiro e aqueles de um emergente direito civil romano, por exemplo. Nessa trajetória (de Roma até o Brasil) há inúmeras mudanças, novas criações, retrocessos, disputas políticas e avanços que dificilmente permitem olhar para o direito romano como antepassado evolutivo do direito brasileiro.

Não se trata, no entanto, de negar totalmente o progresso e os eventuais avanços da humanidade, mas de olhá-lo com muita prudência e com especial cuidado para não se escalonar culturas, contextos históricos e políticos totalmente diferentes na mesma tabela progressiva. Sobre o progresso, a advertência de Levi-Strauss revela essa prudência:

> [...] o "progresso" (se é que esse termo convém para designar uma realidade bem diferente daquela à qual nos dedicaramos inicialmente) não é nem necessário, nem contínuo; procede por saltos, pulos, ou, como diriam os biólogos, por mutações. Esses saltos e pulos não consistem em ir sempre além na mesma direção; acompanhavam-se de mudanças de orientação, um pouco à moda do cavalo do xadrez, que tem sempre diversas progressões à sua disposição, mas nunca no mesmo sentido. A humanidade em progresso em nada se parece com um personagem subindo uma escada, acrescentando por cada um de seus movimentos um novo degrau a todos os outros que já tivesse conquistado; evoca antes o jogador cuja chance está dividida em muitos dados e que, cada vez que os lança, os vê se espalharem no pano ocasionando contas bem diferentes. O que se ganha num lance se arrisca a perder no outro, e é apensar de um tempo a outro que a história é cumulativa, isto é, que as contas se somam para formar uma combinação favorável. (LEVI-STRAUSS, 1976, p. 342-343).

Por sua vez, o debate de Geertz sobre o anti-relativismo também permite lançar uma reflexão sobre o Direito. O Direito positivado já não é capaz de resolver os problemas que se colocam num mundo que é cada vez mais complexo, heterogêneo e marcado pela rapidez das mudanças tecnológicas.

Os perigos do anti-relativismo, revelados por Geertz, permitem concluir, analogicamente, que um retorno a um direito rigoroso, estrito e *natural* não é o melhor caminho. Como sugerem Pazello, Maso e Kobora (2011), a antropologia convida a visualizar o

8 Para uma crítica das abordagens históricas no primeiro capítulo dos TCC's da Graduação em Direito vero texto de Luciano Oliveira (Não me fale do Código de Hamurabi) e do Grupo de Estudos em História da Cultura Jurídica, Grupo de Estudos IUS COMMUNE (Por que história no primeiro capítulo do TCC?).

direito como um produto cultural e, justamente por isso, flexível, móvel, em constante movimento.

Ainda em consonância com Geertz, cabe observar que o relativismo não implica, como sugerem seus críticos, em niilismo. Adotar a perspectiva relativista para observar e perceber as culturas (incluído o Direito) implica em reconhecer a pluralidade de possibilidades e, assim, reconhecer que mudanças também são possíveis na cultura e no Direito. O relativismo não implica a aceitação cega de uma cultura ou de um determinado sistema jurídico, sob a simplista justificativa de que seria o sistema hegemonicamente aceito naquela sociedade. Nesse sentido, o antropólogo e jurista francês Norbert Rouland defende sua posição ao comentar um caso de excisão de uma filha de muçulmanos ocorrida em território francês, ou seja, sob a incidência da legislação francesa:

> [...] fica o ridículo de qualificar de '*violências voluntárias à criança*' o ato que Fofana [mãe da menina] deixou realizar. Pois ele é ligado a um contexto cultural totalmente diferente, que podemos recusar, mas não nos dispensa, para apreciar sua responsabilidade penal, de situá-la consoante coerções culturais nas quais ela se exerceu. Delicado exame de pluralismo jurídico? Sim, mas aparentado com a liberdade de pensamento. Esta sempre é valorizada, pois fazem dela o sinônimo do direito de resistência à opressão. Mas iludimo-nos esquecendo também que ela pode legitimar pensamentos e atos contrários aos nossos. É por isso que posso a um só tempo condenar Fofana e aderir ao que C. Castoriadis escreve sobre o juízo de valores: "A lapidação dos adúlteros é inaceitável para nós, assim como a amputação das mãos dos ladrões, a prática da infibulação e da excisão de meninas... Meu respeito pelas culturas não pode abarcar isto, e surge um ponto de interrogação na medida em que penso que há mesmo assim uma certa solidariedade entre isso e o resto. Aí, decerto em virtude de meus próprios valores, ou seja, valores que reconheço e que escolhi em minha própria cultura, acaba o simples respeito pela cultura do Outro, tento compreender, mas não respeito no sentido que aceito". (ROULAND, 2008, p. 201)

Assim, para Rouland (2008) a questão de relativizar para compreender o ato dentro do contexto cultural se mantém como uma postura típica da antropologia e que ele, enquanto antropólogo, realiza. No entanto, a partir de sua cultura e dos valores próprios que tem ele avalia como inaceitáveis certas condutas – nesse caso, deixa claro que está realizando um juízo de valores.

O efeito do relativismo é olhar para as várias culturas e buscar reconhecer o outro imerso em sua própria cultura para melhor compreendê-lo e, ainda, buscar visualizar quais contribuições a cultura a partir da qual se fala (incluído o Direito) pode receber do outro. Relativizar é, nas palavras de Roberto DaMatta como um abraço destemido que damos quando "pretendemos entender honestamente o exótico, o distante e o diferente, o 'outro'." (DAMATTA, 1987, p. 11).

A visão do anti-relativismo através do espelho, como propõe Geertz, contribui, ainda, com o debate sobre a universalidade dos direitos humanos. Viu-se com Levi-Strauss (1976) que o relativismo cultural aponta para o paradoxo dos direitos humanos: eles são universais, mas se defrontam com culturas muito diferenciadas – a humanidade não se realiza na abstração da universalidade, mas na concretude de cada cultura.

Como bem enfatiza a antropóloga Rita Laura Segato, a defesa dos direitos humanos no Ocidente, ao não observar as diferentes concepções de justiça e direitos que permeiam as diversas culturas, acabou, em alguns casos, por resultar em uma desmoralização da diferença. Trata-se do que María Cristina Álvarez Degregori denomina "alterofobia": com críticas das práticas alheias, gerou-se uma cegueira com relação às violações dos direitos humanos cometidas pelos países ocidentais (cf. SEGATO, 2006, p. 215).

Assim, a crítica de Geertz ao anti-naturalismo se assemelha à crítica de Segato, quando esta afirma que em um processo que deveria ser sempre de mão dupla "e repatriar o olhar crítico constantemente dirigido aos outros, acaba-se produzindo acriticamente a equivocada certeza de *superioridade moral* e o nocivo reforço de estereótipos negativos, com consequências frequentemente nefastas e com o custo de vidas" (SEGATO, 2006, p. 215).

O *anti anti-relativismo* de Geertz pode contribuir justamente para que esse processo seja sempre de mão dupla: que o olhar crítico dirigido ao outro também seja voltado à própria cultura.

Talvez esse novo olhar – *novo* porque adquire uma nova lente, a lente antropológica – permita-nos reconhecer a necessidade de mudança: o direito deve ir além, ultrapassar seus engessados limites positivistas e jusnaturalistas para se reconhecer enquanto cultura.

Nesse sentido, um passo muito importante é trazer para o "jurídico" a contribuição antropológica da "alteridade": visualizar o outro em seu mundo, em seu contexto, buscar perceber, como almeja Geertz (2011) para a antropologia, "quem as pessoas de determinada formação cultural acham que são, o que elas fazem e por que razões elas creem que fazem o que fazem".

É, portanto, crucial que aqueles que têm o poder de dizer o direito (especialmente os juízes), tenham contato com a antropologia, para que, antes de decidir, reflitam sobre a diversidade cultural. Diante de um processo judicial, cabe ao magistrado lembrar que a lente que lhe permite ver e entender determinado *case* é marcada pela sua cultura, assim como aqueles que são partes na lide que se desenvolve diante dele também atuam e atuaram tendo em vista a sua própria cultura, que pode ser muito diferente daquela do magistrado.

Assim, talvez a maior contribuição da discussão sobre o relativismo, nos termos propostos por Geertz, seja a de que a perspectiva antropológica relativista pode contribuir para aguçar a sensibilidade dos juristas e dos *trabalhadores* do Direito. A lei congrega um conjunto de normas, resultado de um intrincado complexo de relações morais, políticas, religiosas, enfim, culturais. Mas não basta essa lei positivada para se compreender uma sociedade e uma cultura. Exige-se, hoje, muito mais daqueles a quem cabe o poder de dizer o direito. A antropologia pode contribuir justamente aguçando-lhes a sensibilidade, para que esse Direito que lhes cabe dizer esteja mais atento às especificidades e complexidades da condição humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma viagem pela antropologia e sua abordagem da diversidade cultural permite compreender os dilemas humanos a partir do conhecimento do homem sobre o homem, mas sem partir de quaisquer axiomas definitivos.

Assim, buscou-se encontrar na antropologia meios de se lançar novos olhares ao fenômeno jurídico que permitam reconhecê-lo como um fenômeno cultural, portanto, mutável e tão diverso como a cultura.

Viu-se que o etnocentrismo é uma postura humana comum, que a própria antropologia, nos seus primórdios afirmou a superioridade e inferioridade de certas culturas de modo a unir a humanidade na busca de sua realização evolutiva. No entanto, o evolucionismo cultural, pautado na ideia de progresso, é algo que não se sustenta empiricamente e representa muito mais uma resposta ideológica para o dilema da diversidade cultural (captada pela observação) diante da afirmação da unidade do humano.

Nesse sentido, a antropologia responde com o relativismo, a postura de tornar exótico o que é familiar e familiar o que é exótico. Trata-se de uma postura com a qual os juristas podem aprender a questionar seus próprios parâmetros culturais (inclusive o próprio direito) e buscar compreender melhor a cultura alheia. O relativismo também possibilita questionar o senso comum teórico dos juristas que se sustenta no evolucionismo social manifesto nos livros jurídicos e na defesa de uma história linear dos institutos jurídicos. Ora, o relativismo leva a questionar essa *evolução* e compreender que há inúmeros avanços, retrocessos, rupturas e disputas que tornam os contextos mais complexos e não permitem defender uma evolução linear dos institutos jurídicos.

Com o antropólogo norte-americano Clifford Geertz foi-se além do debate sobre o relativismo para abordar o *anti anti-relativismo*. O anti-relativismo implica em medo de que o relativismo possa conduzir ao niilismo e ausência de parâmetros de avaliação. Porém, explica Geertz que relativismo não conduz a dificuldade em se distinguir o bom do mal, o belo do feio, mas tão somente implica em maior sensibilidade às culturas alheias. O relativismo não implica em aceitar certas formas de pensamento, mas sim em rejeitar algumas, como o etnocentrismo e o evolucionismo. O papel da antropologia não é domesticar, mas inquietar as mentes.

Ao se projetar as reflexões de Geertz para o Direito pudemos ver que a antropologia não nos dá uma reposta simples para o paradoxo dos direitos humanos, ou seja, o fato de que os direitos humanos afirmam sua universalidade, mas a humanidade se realiza em suas particularidades, na cultura. O que a antropologia nos permite é justamente visualizar esse paradoxo para o qual não há resposta fácil.

A contribuição do *anti anti-relativismo* de Geertz é evitar que a afirmação da universalidade dos direitos humanos gere a alterofobia quando se criticam as práticas alheias, mas se esquece as violações de direitos praticadas pela própria cultura. Esse *anti anti-relativismo* exige o constante olhar no espelho e dirigir o olhar crítico não somente para o outro, mas também para si. Com isso, os juristas têm muito a aprender.

## REFERÊNCIAS

BÔAS FILHO, Orlando Villas. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. *Prisma jurídico:* revista de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da UNINOVE, São Paulo, v. 6, p. 333-349, 2007.

DAMATTA, Roberto. *Relativizando*: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1987.

GEERTZ, Clifford. *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

GEERTZ, Clifford. A mitologia de um antropólogo. Entrevistador: Victor Aiello Tsu. *Folha de São Paulo*, 18 fev. 2011. Caderno Mais. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1802200103.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

IUS COMMUNE - Grupo de Estudos em História da Cultura Jurídica. Por que história no primeiro capítulo do TCC? *Folha Acadêmica*, Centro Acadêmico XI de Fevereiro, CCJ/UFSC, nº 6, 2013-2. Disponível em: <https://iuscommuneufsc.files.wordpress.com/2014/05/folha-vi-grupo-de-histc3b3ria-do-direito.pdf>. Acesso em 18 fev. 2018.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e História In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 328-366.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale no Código de Hamurábi! A pesquisa sóciojurídica na pós-graduação em direito. *Anuário dos Cursos de PósGraduação em Direito*. v. 13, p. 299-330, Recife: EdUFPE, 2003.

PAZELLO, Ricardo Prestes; MASO, Tchenna Fernandes; KOBORA, Igor Augusto Lopes. Entre antropologia e direito: perplexidades no ensino jurídico. *Direito e práxis:* revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, v. 3, n. 2, p. 56-70, 2011.

RAPCHAN, Eliane Sebeika. Relativismo epistêmico, relativismo antropológico: reflexões sobre a produção do pensamento no âmbito das contribuições da antropologia. *Acta Scientiarum: Human and Social Sciences*, Maringá, PR, v. 24, n. 1, p. 261-270, 2002.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Breno Machado dos. Jean de Léry: O Montaigne dos viajantes. *Revista Eletrônica Cadernos de História:* publicação do corpo discente do Departamento de História da Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, MG, ano 3, v. 5, n. 1, abr. 2008.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social - PPGAS-Museu Nacional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, abr. 2006.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência*: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em: 18 fev. 2018.

RECEBIDO EM: 18/02/2018
APROVADO EM: 04/07/2018

# O PENSAMENTO DESCONSTRUCIONISTA E DESCENTRADO DE JACQUES DERRIDA: UM DESAFIO EPISTEMOLÓGICO NO COMBATE A FUNDAMENTALISMOS E TOTALITARISMOS

## *THE DECONSTRUCTIONIST AND DECENTERED THOUGHT OF JACQUES DERRIDA: NA EPISTEMOLOGICAL CHALLENGE IN COUNTERING FUNDAMENTALISM AND TOTALITARIANISM*

**Noli Bernardo Hahn**[1]

**RESUMO:** O tema delimitado a este artigo é o pensamento desconstrucionista de Jacques Derrida, tendo como objetivo compreender em que consiste a desconstrução da racionalidade logocêntrica e a afirmação de uma racionalidade descentrada. A questão-problema que se reflete e se argumenta é esta: o que é pensar em Derrida? A resposta a esta questão é esta: pensar é desconstruir. Ao argumentar esta resposta, evidencia-se o desafio epistemológico no combate a fundamentalismos e totalitarismos que representa o pensamento do filósofo argeliano-francês e, ao mesmo tempo, mostra-se a necessidade de uma racionalidade descentrada para a construção permanente de democracias. As metas prioritárias da *desconstrução*, no horizonte da filosofia de Derrida, são o combate à tirania das normas, a percepção das alienações políticas da linguagem e a luta contra a dominação dos estereótipos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desconstrução. Racionalidade logocêntrica. Racionalidade descentrada. Tirania das normas. Democracia.

**ABSTRACT:** The theme delimited to this article is the deconstructionist thought of Jacques Derrida, it aims to comprehend what is the deconstruction of logocentric rationality and the affirmation of a decentered rationality. The question-problem that is reflected and it is argued is this: what is to think according to Derrida? In arguing this answer, is evident in the epistemological challenge in countering fundamentalism and totalitarianism that is the thought of the Algerian-French philosopher and, at the same time, it shows the need for a decentered rationality for the permanent building of democracies. The priority goals of deconstruction, within the horizon of Derrida's philosophy, are the struggle against the tyranny of norms, the perception of political alienations of language and the struggle against the domination of stereotypes.

1 Pós-Doutorado pela Faculdades EST, São Leopoldo, RS. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito. Lider do Grupo de Pesquisa Novos Direitos na Sociedade Complexa. Pesquisa temas relacionando Direito, Cultura, Filosofia e Religião. nolihahn@santoangelo.uri.br

**KEYWORDS:** Deconstruction. Logocentric rationality. Decentered rationality. Tyranny of norms. Democracy.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ler Jacques Derrida é desconcertante. Suas letras e sua lógica desconcertam e desorientam todo leitor atento ao seu conteúdo e ao seu método. Sua filosofa, no entanto, também orienta. A lógica deslizadora, deslocadora, diferida, descentrada de Derrida não desconcerta e ludibria, apenas, mas, também, abre um rastro[2] orientador, mas descentrado. Diferenciar, deslizar, deslocar e descentrar são ações que acenam a uma lógica não conceitual, de viés crítico à ótica logocêntrica, que caracteriza o pensamento desconstrucionista de Jacques Derrida.

Com esta informação, já se aponta a uma das teses centrais deste filósofo que nasceu na Argélia, em 1930. Estudou em Paris e lecionou em diferentes universidades européias e americanas. Jacques Derrida faleceu em 2004. Escreveu em torno de oitenta livros. Sua vasta obra abre um leque de inúmeros temas e esses são refletidos, hoje, em várias ciências.

Derrida pensou, em sua obra, a lógica ao mesmo tempo prometéica e adâmica, ao mesmo tempo grega e abraâmica, ao mesmo tempo judeu-cristã-islâmica (DERRIDA, 2002, p. 44). Jacques Derrida pensou, em sua obra, teses, posições, pressuposições que perpassam a história da filosofia e a história das religiões. Ele mesmo, em vários dos seus textos, lembra o leitor que o seu pensar se refere a teses de Platão, Aristóteles a Heidegger, de Descartes a Kant, Levinas e Lacan (DERRIDA, 2002, p. 54).

Ao ler seus textos, constata-se que sua preocupação não foi apenas pensar construções filosóficas ocidentais, mas, também, pensar a lógica subjacente a textos mitológicos que provêm das grandes religiões[3] orientais. Seus escritos conectam pesquisa lingüística e pesquisa do sistema metafísico ocidental[4]. Na pesquisa lingüística, Derrida descortina, tira o pano, exatamente aquela cortina que mantém o centramento fonético[5].

A escritura, na lógica do centramento fonético, é, apenas, um suplemento da fala. Na pesquisa propriamente filosófica, pensar a lógica logocêntrica é central na obra do filósofo. Pensar o centramento fonético e pensar o logocentrismo mesclam-se, em Derrida, num mesmo pensar.

Mas o que é pensar em Derrida? Eis a questão de fundo deste artigo. Pode-se responder essa difícil e complexa pergunta com uma resposta que ainda não responde,

2 Rastro, em alemão *Spuhr*, é uma metáfora e uma categoria de compreensão importante para entender os escritos de Jacques Derrida. Rastro, no entanto, não tem um significado único como se fosse um conceito de sentido delimitado e universal. Em Derrida, rastro significa tanto o rastro do pai-logocêntrico, quanto, também, o rastro descentrado, diferido, quando o signo se abre e desliza seus sentidos citados na palavra, a partir de diferentes lugares.

3 Pode-se mencionar, especialmente, as reflexões sobre o relato da Gênese, o segundo relato da *Bereshit (no princípio*, em hebraico), do pecado original, do deus que deixa o homem nomear, mas ele, "todo poderoso", está presente "para ver". Esses relatos refletidos por Derrida em *O animal que logo sou* provêm das tradições religiosas do povo hebreu. Pode-se mencionar aqui, também, o livro *Torres de Babel*.

4 Em várias obras se constata essa conexão. Destacam-se: *Gramatologia, A farmácia de Platão e A escritura e a diferença.*

5 No desenvolvimento do artigo, procura-se esclarecer o que significa centramento fonético.

mas abre um rastro: pensar é desconstruir. Com esta resposta, ou seja, pensar em Derrida é desconstruir, delimita-se o horizonte temático e especifica-se o objetivo central do artigo. Procura-se refletir a estrutura do pensamento metafísico, sendo este, na compreensão de Derrida, alicerce de fundamentalismos e totalitarismos, e entender a lógica descentrada que desconstrói a lógica centrada metafísica.

Compreender o pensamento de Derrida nesse horizonte justifica-se pela perspectiva democrática, tanto na política, quanto no direito, como na cultura, da qual não se pode abdicar. Defender a democracia, inclusive, na ótica epistemológica, é um imperativo para uma humanidade mais civilizada, cidadã e consciente de si.

O texto divide-se em duas partes centrais. Primeiro, apresentam-se ideias que se configuram numa racionalidade centrada no *lógos*, sendo esta a que foi alvo de desconstrução, de de-sedimentação, não anulação, do filósofo pós-estruturalista. Num segundo momento, faz-se uma introdução a uma racionalidade não nascida de um *lógos*, em que se procura entender a lógica descentrada de Derrida. Num esforço para compreender os desafios, as implicações e aplicações do pensamento do filósofo, elaboram-se, como considerações finais, algumas ideias nesse intuito. Nestas conclusões, acena-se, também, a fundamentalismos e totalitarismos que sempre poderão ressurgir a partir de estruturas de pensamento metafísico de-sedimentadas pelo filósofo em estudo.

## 1 A CRÍTICA AO LOGOCENTRISMO (OU A CRÍTICA À RACIONALIDADE NASCIDA DE UM LÓGOS)

*No livro Gramatologia (2004), Derrida relaciona etnocentrismo e logocentrismo. Chega a afirmar que o logocentrismo é "o etnocentrismo mais original e mais poderoso, que hoje está em vias de se impor ao planeta, e que comanda, numa única e mesma ordem" (DERRIDA, 2004, p. 3-4) o conceito da escritura, a história da metafísica e o conceito da ciência ou da cientificidade da ciência (DERRIDA, 2004, p. 3-6).*

*Ao relacionar etnocentrismo com logocentrismo, ou logocentrismo com etnocentrismo, o filósofo argeliano parece dizer-nos que sua obra poderá (ou deverá?!) ser lida, como um todo, relacionando-a ao componente político da desconstrução, mesmo aqueles textos de rigor filosófico e estritamente filosóficos. Torna-se relevante lembrar que Argélia, até 1962, fora colônia da França. Derrida teria, até, declarado, poucos anos antes de sua morte, que tudo, o que escreveu, está, de certa forma, relacionado à condição colonial do país onde nasceu.*[6]

*Com essas duas informações introdutórias, vai-se à seguinte questão: o que é logocentrismo a partir de estudos de Jacques Derrida e como ele procede em sua crítica?*

*Logocentrismo pressupõe uma origem. Pressupõe também um centro. Pressupõe que a origem seja e/ou determine o centro. Supõe-se, portanto, uma origem. A origem. Essa origem é presença a si. Presença plena a si. O ser como relação a si. Origem plena de si e em si.*

6 Conforme vídeo biográfico *Aliás Derrida*.

*Tal origem é o significado absoluto e o significante com significado infinito e pleno: o significante do significante. Sempre o mesmo. A relação com o não-mesmo é uma relação derivada. O que está numa posição derivada não constitui o sentido e muito menos o institui. A origem é a que determina, limita, controla, constitui e institui o sentido.*

*O lógos, no entanto, não é a origem. Ele tem um pai. Esse pai pode ser o deus dos deuses, o rei dos deuses, o rei dos reis, o santo dos santos, a natureza das naturezas, o livro dos livros, a voz das vozes, o verbo dos verbos, a palavra das palavras, o significado dos significados, a alma das almas, o pai dos pais, o lógos dos lógoi.*[7]

*Os deuses, os reis, os santos, as naturezas, os livros, as vozes, os verbos, as palavras, os significados, as almas, os pais, os lógoi, que não são o pai, que não são a origem, permanecem, porém, nos limites do pai eterno, invisível e imutável. Permanecem no rastro*[8] *do pai.*

*Os lógoi são assistidos pelo lógos. Os deuses, os reis, as palavras mantêm sua relação com o deus, o rei ou a palavra numa condição de assistidos. "Se o lógos tem um pai, se ele é um lógos assistido por seu pai, isto se deve ao fato de ele ser sempre um ente (ón) e mesmo um gênero de ente" (DERRIDA, 2005, p. 24). O ente sempre mantém sua relação lógica com o ser. Não foge, não desconecta e não se desvia dele. O fundo é, o fundo permanece. Sempre. Desde o princípio. No caso, o tempo mítico se sobrepõe ao tempo histórico.*

*Derrida lembra, em diferentes momentos da sua obra, que tal princípio logocêntrico e sua consequente lógica metafísico-conceitual, devem ser compreendidos como um "sistema" (DERRIDA, 2005, p. 24). Ao analisar textos escritos por Platão, Derrida comenta:*

> Mesmo que não queiramos, aqui, nos deixar conduzir pela passagem fácil que faz comunicar as figuras do rei, do deus e do pai entre si, bastaria prestar uma atenção sistemática – o que, que saibamos, nunca foi feito – à permanência de um esquema platônico que confere a origem e o poder da fala, precisamente do *lógos*, à posição paternal. Não que isto se produza somente e por excelência em Platão. Sabe-se ou imagina-se isso facilmente. Mas que o 'platonismo', que instala toda a metafísica ocidental na sua conceitualidade, não escape à generalidade desta sujeição estrutural, ilustrando-a até mesmo com um brilho e uma sutileza incomparáveis, só torna o fato mais significante. (DERRIDA, 2005, p. 22)

A metafísica ocidental na sua conceitualidade, em sua lógica logocêntrica, opera numa compreensão em que: o sentido já está dado; a origem é o sentido; o princípio é o significado. O pai do *lógos* olha os *lógoi*; ele sai para ver; o pai é o que supervisiona, controla o sentido, o significado, o nome[9]. É ele quem vai dizer se está bem ou não. É ele

7 Lendo *A farmácia de Platão* consegue-se perceber a crítica política que perpassa nessa análise de Derrida.

8 Jacques Derrida recorre a metáforas para que o leitor consiga compreender o seu complexo pensamento. A metáfora do *Istos* – Mastro de navio ou rolo vertical, de onde partem os fios da urdidura sobre o tear de tecelão – ajuda a entender a conexão dos fios ao pai do *lógos*. Porém *rastro* e a metáfora do *Istos* não explicam, apenas, a crítica à racionalidade logocêntrica. Esclarecem, também, o pensamento descentrado de Derrida.

9 Jacques Derrida comenta textos hebreus em relação a essa temática em *O animal que logo sou.*

quem vai constituir e instituir o sentido.[10] Quanto mais próximo da origem, menor é o risco do desvio, da falsidade, da inverdade. O *lógos* é a verdade imutável supervisionada pelo pai do *lógos* invisível, onisciente, onipotente e onipresente.[11]

Derrida, ao analisar textos[12] especialmente de Saussure, Hegel, Rousseau e Lévi-Strauss, além de outros autores, procurando desvelar o logocentrismo subjacente aos seus escritos, esclarece a lógica fonocêntrica. Conforme o autor, "tal noção permanece, portanto, na descendência deste logocentrismo que é também um fonocentrismo: proximidade absoluta da voz e do ser, da voz e do sentido do ser, da voz e da idealidade do sentido." (DERRIDA, 2004, p. 14)

A que noção Derrida se refere? Ele se refere, de forma mais ampla, à lógica aristotélica fonocêntrica pela qual se entende que os sons emitidos pela voz são os símbolos dos estados da alma e as palavras escritas os símbolos das palavras emitidas pela voz. Há, portanto, uma descendência lógica: estados da alma – voz – escrito. A lógica também pode ser expressa da seguinte forma: Pai do *lógos* – *lógos* – voz – escrito. Entre o pai do *lógos*, *o lógos* e a voz existiria uma proximidade essencial e imediata. A voz, no caso, como produtora dos primeiros símbolos e tendo uma proximidade essencial e imediata com *o* sentido (o *lógos*), instituído e constituído pelo pai do *lógos*, produz o primeiro significante, que não é um significante qualquer.

Jacques Derrida esclarece a compreensão aristotélica da seguinte forma:

> Ela (a voz) significa o 'estado de alma' que, por sua vez, reflete ou reflexiona as coisas por semelhança natural. Entre o ser e a alma, as coisas e as afeções, haveria uma relação de tradução ou de significação natural; entre a alma e o *lógos*, uma relação de simbolização convencional. E a primeira convenção, a que se referia imediatamente à ordem da significação natural e universal, produzir-se-ia como linguagem falada. A linguagem escrita fixaria convenções, que ligariam entre si outras convenções. (DERRIDA, 2004, p. 13)

A voz significando o estado de alma e tendo proximidade essencial com *o* sentido (o *lógos*, a alma), é ela que está mais próximo do significado. O escrito é um derivado da voz, exclusivamente. Apenas a representa. O escrito, como derivado e de função representativa, não tem nenhum sentido constituinte.

A visão logocêntrica, que faz entender o escrito como não tendo poder constituinte de sentido, estando afastado e longe *do* significado, numa condição derivada, e até numa posição de rompido com o natural, com a primeira natureza, com *a* natureza, institui o desprezo, a desconsideração, a desvalorização, a anulação. Se o pai do *lógos* sai para ver e não concorda com o que vê, ele despreza, desconsidera, desvaloriza e anula. Tudo, por conseguinte, que se desvia *do* sentido não tem significado. O *lógos*, que institui o *mono* – monolinguismo – (DERRIDA, 2001) impõe limites, fecha-se sobre si, absolutiza, dogmatiza e despreza o que não estiver *no* sentido ou *no* significado apriori definido, concebido e delimitado.

10 O capítulo 2 de *A farmácia de Platão* é central para compreender essa idéia.

11 Os teólogos cristãos, ao dialogar com a filosofia grega, pactuaram com uma concepção logocêntrica. Derrida, como já se constatou, percebeu que a visão logocêntrica já está presente em textos mitológicos hebreus.

12 Refire-se, aqui, especialmente, a *Gramatologia*.

Em síntese, Jacques Derrida relaciona etnocentrismo, logocentrismo, fonocentrismo e monolinguismo. Em suas críticas à racionalidade que nasce de um *lógos*, ele aponta as relações intrínsecas que representam e configuram um sistema ou uma estrutura que necessita ser desconstruída. Tal sistema se estrutura num monolinguismo do outro (DERRIDA, 2001) - daquele que se impõe sobre, sobrepõe, despreza, anula, desconsidera, dizima, desvaloriza, não tolera e muito menos acolhe quem não se enquadra – que se objetiva na afirmação de uma visão etnocêntrica que, em sua origem, é logocêntrica e fonocêntrica.

Na sequência, procura-se esclarecer aspectos do pensamento descentrado de Derrida, pensamento que evidencia a desconstrução de uma racionalidade que se embasa e se fundamenta na metafísica. Em outras palavras, aponta-se elementos de uma racionalidade que não nasce a partir de um centro, de um fundamento, de uma essência, de um *lógos*.

## 2 A CONSTRUÇÃO DE UM PENSAMENTO DESCENTRADO (OU UMA RACIONALIDADE NÃO NASCIDA DE UM LÓGOS)

Homogeneidade, unidade, universalidade, unicidade, centramento, são palavras/categorias que denotam sentido (*o* sentido) a partir de uma racionalidade logocêntrica e essencialista. Desconstruir essa racionalidade foi a grande batalha teórica desenfreada por Derrida ao longo de meio século de escritos. Ao ler seus textos, percebe-se, no entanto, que desconstruir não é anular a herança filosófica e literária[13]. A essa herança, diz ele, somos devedores e necessitamos homenageá-la. Essa postura nobre de quem reconhece não deve ser entendida como se o reconhecedor pactuasse com um sistema[14] que, conforme o filósofo, necessita ser destruído, desconstruído e de-sedimentado.[15] (DERRIDA, 2001; 2004; 2005)

A racionalidade que não é mais nascida de um *lógos* "inaugura a destruição, não a demolição mas a de-sedimentação, a desconstrução de todas as significações que brotam da significação de *lógos*. Em especial a significação de verdade". (DERRIDA, 2004, p. 13)

O que Derrida fez foi metodicamente desconstruir uma estrutura (*a* estrutura!), uma racionalidade (*a* racionalidade!), para melhor percebê-la. De certa forma, este foi o fundamento da desconstrução. Derrida sempre criticava o desengajamento crítico da análise estrutural. Para o autor, desconstruir é fazer perceber as alienações políticas da linguagem; é lutar contra a dominação dos estereótipos; é combater a tirania das normas. Percebe-se assim o alcance político[16] da obra desconstrucionista derridareana.

Quais foram as descobertas de Jacques Derrida para poder de-sedimentar "todas as significações que brotam da significação de *lógos*" ? (DERRIDA, 2005, p. 27)

13 Jacques Derrida, em seus textos, em diferentes momentos, insiste na ideia de que desconstruir não é anular a herança.

14 Subentende-se o sistema metafísico-ocidental e logocentrista.

15 Ao ler os textos de Derrida, os verbos de-sedimentar, destruir e desconstruir são recorrentes.

16 Quando se lê, por exemplo, *Gramatologia* e *A farmácia de Platão*, que são obras filosóficas, do início ao fim percebe-se o combate à perspectiva autoritária e reducionista que uma linguagem pode integrar.

Em suas críticas ao fonocentrismo e, consequentemente, ao etnocentrismo, ao logocentrismo e monolinguismo, o filósofo afirma a não existência de uma escrita fonética que precede a escrita e está convencido de que não há escrita pura e rigorosamente fonética.[17]

Com essas duas 'descobertas', ele deu um golpe fatal no *pai* do *lógos* e no *lógos*. O escrito deixa de ser um suplemento da voz que tem relação essencial com o *lógos*, aquele que é vigiado, supervisionado e controlado pelo pai invisível, eterno, onisciente, onipotente e onipresente.

Com o desaparecimento do pai do *lógos*, do *lógos* e da voz pura, plena e natural, tem-se o escrito que institui e constitui o sentido, o significado sempre diferido e descentrado. Abre-se *o rastro* da polissemia, das ambiguidades, das possibilidades.

Derrida recorre à metáfora de "eixo" e "pólos" para fazer perceber o seu leitor da ambiguidade de sentido na palavra *phármakon*. Veja o que ele diz:

> A tradução corrente de *phármakon* por *remédio* – droga benéfica – não é de certa forma inexata. Não somente *phármakon* poderia querer dizer *remédio* e desfazer, a uma certa superfície de seu funcionamento, a ambigüidade de seu sentido. Mas é evidente que, a intenção declarada de Theuth sendo a de fazer valer seu produto, ele faz girar a palavra em torno de seu estranho e invisível *eixo* e a apresenta sob *apenas um, o mais tranqüilizador, de seus pólos. Esta medicina é benéfica, ela produz* e repara, acumula e remedia, aumenta o saber e reduz o esquecimento. Contudo, a *tradução por 'remédio' desfaz, por sua saída da língua grega, o outro pólo reservado* na palavra *phármakon*. Ela anula a fonte da ambigüidade e torna mais difícil, senão impossível, a inteligência do contexto. Diferentemente de 'droga' e mesmo de 'medicina', *remédio* torna explícita a racionalidade transparente da ciência, da técnica e da causalidade terapêutica, excluindo assim, do texto, o apelo à virtude mágica de uma força à qual se domina mal os efeitos, de uma dinâmica sempre surpreendente para quem queria manejá-la como mestre e súdito. (DERRIDA, 2005, p. 44)

Essa longa citação esclarece o que é uma das teses centrais do filósofo em estudo: a palavra girando num *eixo* apresenta *pólos*. Os *pólos* evidenciam a ambiguidade de sentidos, as possibilidades de deslizamentos, de deslocamentos, da diferença. *Phármakon* pode significar 'droga' ou 'remédio'. A fonte da ambiguidade está inerente à palavra que significa. Quando esta fonte for anulada torna-se impossível a inteligência do contexto. O pai do *lógos* e o *lógos* sempre anulam a fonte da ambiguidade e instalam a exatidão, a mesmidade, a unicidade, a unidade, o centramento, a homogeneidade e a universalidade.

A racionalidade que não é mais nascida de um *lógos* desequilibra a estrutura e abre o signo. Pode-se falar de novos 'conceitos' e novos 'modelos' que fogem ao sistema de oposições metafísicas.

Uma 'racionalidade' não nascida de um *lógos* concebe o signo como significado fugidio e como significante sem fundo. A cadeia significante, que se desprende e foge da lógica do *lógos*, da corrente do *lógos*, remete a uma significação sempre diferida. As

17 Ao fazer a análise minuciosa de *desconstrução* do pensamento de vários autores (Saussure, Hegel, Lévi-Strauss, Rousseau) em *Gramatologia*, vai se percebendo claramente essas 'descobertas'.

teorias estruturalistas e semiológicas, que estão presas, acorrentadas ao dualismo, ao nominalismo, ao universalismo, ao idealismo recebem uma crítica radical no momento em que o signo é concebido como significação sempre diferida, deslocada, deslizada, descentrada de um centro e de um foco único.

Derrida, em seus escritos, pergunta pelo significado último que, na lógica logocêntrica, está muito evidente e claro. Jacques Derrida afirma que no mundo dos significados e significantes não há fundo. Apenas há a escrita de uma escrita. E uma escrita remete a outra escrita fazendo com que o prospecto dos signos seja infinito.

Integro, aqui, duas citações, que ajudam a entender o tema em discussão. Em *Gramatologia*, quando Derrida reflete o fim do *Livro* e o começo da *Escritura*, afirma:

> O advento da escritura é o advento do jogo; o jogo entrega-se hoje a si mesmo, apagando o limite a partir do qual se acreditou poder regular a circulação dos signos, arrastando consigo todos os significados tranqüilizantes, reduzindo todas as praças-fortes, todos os abrigos do fora-de-jogo que vigiavam o campo da linguagem. Isto equivale, com todo o rigor, a destruir o conceito 'signo' e toda a sua lógica. (DERRIDA, 2004, p. 8)

O fim do *Livro* significa a de-sedimentação, a destruição, a desconstrução do conceito signo (*o* signo) e toda a sua lógica. O fim do Livro refere-se ao fim da lógica fonocêntrica/logocêntrica. O começo da *Escritura* é também o início do jogo, pelo qual vai se apagando o limite que regula o signo. Qual limite? Na lógica do pai do *lógos*, do *lógos*, o limite está dado. Há o limite delimitado. Tem-se *o* sentido, *o* significado. Exatidão delimitada. Agora, na outra racionalidade, o jogo, que apaga o limite, faz surgir, numa operação de "transbordamento"[18] (DERRIDA, 2004, p. 8), a circulação de signos infinitamente.

A metáfora do jogo faz entender a racionalidade que não provém do *lógos*. Agora, como não há mais limite, porque não há fundo que delimita o sentido, a produção de signos acontece de escrita para escrita.

Em *A farmácia de Platão* (2005), quando Derrida discute a tradução do termo *phármakon*, traz mais detalhes para compreender a racionalidade descentrada. Vejamos uma parte do texto:

> *Remédio*, menos que o fariam sem dúvida 'medicina' ou 'droga', obstrui a referência virtual, dinâmica, aos outros usos da mesma palavra da língua grega. Sobretudo, uma tal tradução destrói o que chamaremos, mais adiante, a escritura anagramática de Platão, interrompendo as relações que nela se tecem entre diferentes funções da mesma palavra em diferentes lugares, relações virtualmente mas, necessariamente, 'citacionais'. Quando uma palavra inscreve-se como a citação de um outro sentido dessa mesma palavra, quando a antecena textual da palavra *phármakon*, significando remédio, cita, re-cita e permite ler o que na mesma palavra significa num outro lugar e a uma outra profundidade da cena, veneno (por exemplo, pois *phármakon* quer dizer ainda outras coisas), a escolha de uma só dessas palavras pelo tradutor tem como primeiro efeito neutralizar o jogo citacional, o 'anagrama', e, em último termo, simplesmente a textualidade do texto traduzido. (DERRIDA. 2005, p. 45)

18 Para Jacques Derrida, transbordamento e apagamento são um único e mesmo fenômeno. Veja, conforme a nota, em *Gramatologia*.

Derrida, na citação acima, fala de "diferentes funções da mesma palavra em diferentes lugares"; "relações virtualmente citacionais"; "palavra que se inscreve como a citação de um outro sentido dessa mesma palavra"; remédio ou veneno: "a escolha de uma só dessas palavras pelo tradutor tem como primeiro efeito netralizar o jogo citacional". Traduzir apenas por *remédio*, "obstrui a referência virtual, dinâmica, aos outros usos da mesma palavra".

A partir dessas idéias pode-se notar que a palavra, inerente a ela, encontra-se citada de mais de um sentido. Há mais de um sentido citado numa mesma palavra. Essas citações de diferentes sentidos numa mesma palavra, num mesmo 'conceito'[19], são (ou representam) o jogo citacional da possibilidade do transbordamento, da diferença, do descentramento, do deslizamento, do deslocamento. Se inerente à palavra há pólos de sentido, se há mais de um sentido, se há relações que se tecem, estas relações se tecem "entre diferentes funções da mesma palavra em diferentes lugares". Percebe-se que os sentidos inerentes à palavra deslizam, transbordam, saem de dentro, a partir e em função de "diferentes lugares" já citados na palavra. Tal palavra integra uma dinâmica do jogo citacional. Os sentidos interiores à palavra, no entanto, não são determinados por um pai de *lógos* ou um *lógos*. Não há *o* sentido constituído, instituído, centrado num pai invisível ou numa autoridade. Existem, sim, os sentidos citados. Sentidos citados a partir e em função de um lugar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS (CONTRIBUIÇÕES E DESAFIOS DO PENSAMENTO DE JACQUES DERRIDA)

Lendo autores (NASCIMENTO, 2005) que estudaram o pensamento de Derrida, pode-se constatar que a grande obra do filósofo argeliano, mesmo que há meio século vem de-sedimentando e desconstruindo estruturas, princípios, pressupostos e verdades, ainda precisa ser muito estudada e meditada para se compreender as consequências, as implicações e as aplicações do modo e do conteúdo do seu pensar.

A história milenar das grandes religiões orientais, através de uma literatura mitológica, narra uma história embasada em compreensões logocêntricas, que se evidenciam teocêntricas, nas quais deus não deixa de ser um deus-essência. Um deus onipresente, onipotente, onisciente, todo poderoso, que, até, deixa a liberdade ao homem nominar os animais e as coisas, mas, após, ele dá uma volta *para ver* se tudo está conforme a forma original e natural. Mesmo que na tradição hebraica, judaica e cristã há correntes teológicas que possuem como referente um deus com traços históricos, a história registra, com muita ênfase, que as correntes teológicas essencialistas sobrepuseram-se às teorias teológicas que se alicerçavam num deus de cunho mais histórico e que não dizia *sempre* a *mesma* palavra. Assim sendo, uma das faces da história das religiões consiste numa imposição de normas, de leis, de princípios e de dogmas inquestionáveis.

Essa história religiosa milenar oriental integrada com a história da filosofia ocidental construiu gerações que conceberam e concebem o mundo a partir de uma racionalidade logocentrista. Essa racionalidade embasou e construiu estereótipos de

19 Aqui, conceito não pode ser entendido como palavra que integra um único sentido pré-dado de ótica logocentrista.

perfil dominador, leis tirânicas e alienações políticas, ajudando a gerar e construir fundamentalismos religiosos e totalitarismos políticos.

Uma das contribuições de Derrida foi despertar exatamente às alienações de uma linguagem que se entende ter sua origem numa autoridade invisível e oculta que a autoriza, institui e constitui. Os estados modernos, tanto os de orientação liberal-positivista, quanto os de orientação marxista, alicerçaram seus fundamentos em bases filosóficas metafísico-ocidentais logocêntricas, constituindo Estados não democráticos.

Ao pensar construções filosóficas ocidentais, ao desconstruir o sistema metafísico ocidental, especificamente ao argumentar a não existência de uma escrita fonética que precede a escrita, que não há escrita pura e rigorosamente fonética e que no mundo dos significados e significantes não há fundo, o filósofo argeliano destituiu categorias de significado universal. Ao negar o fundo significante e o conceito de sentido único e universal, destitui, também, o esquema tradicional das tradições filosóficas ocidentais que se baseiam em esquemas dicotômicos e binários de pensamento.

Nas teorias feministas pós-estruturalistas, as teorizações do sujeito universal são muito criticadas. Há uma negação muito clara de identidades essenciais. A noção de sujeito social universal e as noções de identidades essenciais de gênero, que possuem seus alicerces numa concepção filosófica logocêntrica e essencialista, elaborados e transmitidos pelo pensamento liberal, e este influenciado pelos ideais iluministas, foram desconstruídos pelo pensamento de Derrida. Nota-se, nesse sentido, o quanto sua filosofia contribui na elaboração de um pensar crítico em relação a pressupostos, princípios, leis, valores, normas essencialistas e universais.

Outra contribuição da filosofa derridareana refere-se ao tema diferença. Esse tema necessita ser pensado intraconceitualmente. O pensamento metafísico-ocidental instituiu um pensar dual e binário (vida/morte, homem/mulher, seco/úmido, público/privado, justiça/injustiça, remédio/droga). A diferença, nesse esquema binário, concebe-se por oposição dual (ou remédio, ou droga; ou homem, ou mulher; ou privado, ou público). A palavra contém *o* sentido pré-dado, constituído, instituído, autorizado pelo pai do *lógos*, portanto sentido essencial, natural, único, imutável, inquestionável. Em Derrida a palavra está citada de sentidos que desempenham funções diferentes conforme o lugar. Repete-se e enfatiza-se: a diferença deve ser pensada intraconceitualmente e não no sentido de um conceito *versus* outro conceito. As palavras, como não possuem sentido único, mas contêm sentidos citados que num jogo citacional significam, a noção de diferença no interior supõe a não estabilidade das categorias: há deslizamento, há deslocamento de sentidos conforme o lugar. Essa noção de diferença não consiste numa diferença conceitual (um conceito X outro conceito), mas num pensar diverso, distinto, diferente no interior da identidade. Na lógica da identidade logocêntrica, uma coisa é o que é. Na lógica da identidade descentrada de Derrida, uma coisa é o que em parte não é. *Phármakon* não é apenas e sempre remédio. *Phármakon* também é droga, além de estar citado de outros sentidos. Homem não é apenas homem. Mulher não é apenas mulher. Aliás não existe *o* homem, *a* mulher. Existem homens e mulheres. E homem 'contém' mulher. E mulher 'contém' homem. (BURBULES, 2003, p. 175-176)

Vimos que Jacques Derrida relaciona logocentrismo, monolinguismo, fonocentrismo com etnocentrismo. Seus escritos são uma crítica radical ao etnocentrismo. Este pode se manifestar de muitas formas, porém uma delas é a sobreposição de uma cultura,

que se credita e se apresenta como *a* cultura, sobre as demais. Para se creditar como *a* cultura, recorre-se freqüentemente a teorias evolucionistas, afirmando-se como *a* cultura mais evoluída. As reflexões de Derrida ajudam a pensar um multiculturalismo numa perspectiva crítica.

Pode-se perguntar, ainda, se Derrida não pensava numa epistemologia da *diferença no interior* da palavra. (BURBULES, 2003) Epistemologia consiste numa reflexão geral em torno da natureza, das etapas e dos limites do conhecimento humano. Epistemologia integra, também, teoria da ciência. Consiste, por exemplo, no estudo dos postulados, conclusões, métodos dos saberes científicos e estes sempre avaliados, em sua validade cognitiva, nas relações com a sociedade e a história. A ciência moderna construiu-se tendo por base uma definição de conhecimento em que duas polaridades se relacionavam por oposição. De um lado, tem-se o sujeito que indaga e do outro, o objeto inerte sobre o qual se pergunta. O sujeito que pergunta elabora questões que, em boa medida, é uma linguagem que contêm sentidos definidos, pré-dados, constituídos, instituídos, estabelecidos por uma autoridade invisível e oculta. Jacques Derrida fala dessa temática, em *Gramatologia,* quando diz que há a necessidade de combater o imperialismo do *lógos*, pois este comanda, também, o conceito de ciência e toda a cientificidade da ciência. (DERRIDA, 2004, p. 3-6) Entende-se que o filósofo, nascido na Argélia, colônia da França, ao elaborar seu pensar que de-sedimenta o imperialismo do *lógos*, ao combater as alienações da linguagem, desconfia da validade cognitiva dos resultados científicos de uma ciência alicerçada na lógica sedimentada num sistema platônico-metafísico-ocidental. Em suas elaborações, em que nega *a* verdade, em que desconstrói verdades primeiras sedimentadas num *lógos*, onde nada é dado ou pré-dado, onde a oposição entre *remédio* e *droga*, na mesma palavra *phármakon*, não é natural, mas citada e significada a partir de um lugar, Derrida abre o signo para construir uma teoria que nos permite pensar pluralidades, diversidades e diferenças, em lugar de apenas unidades e universais. Decorre desse entendimento uma epistemologia com uma abrangência explicativa maior e diferenciada, e de incidência social e histórica mais democrática, daquela que se elaborou a partir de um racionalismo logo-mono-falo-etnocêntrico.

Conclui-se retomando a questão inicial: o que é pensar em Derrida? Não há uma única resposta a essa pergunta, como não há uma desconstrução, em sentido singular. Se pensar consiste em desconstruir, em de-sedimentar, especialmente *a* verdade, *o* sentido, pensar, volta-se a enfatizar, é combater a tirania das normas, é fazer perceber as alienações políticas da linguagem, é lutar contra a dominação dos estereótipos. Dessa forma, fazendo referência ao título deste artigo, o pensamento desconstrucionista e descentrado de Jacques Derrida evidencia-se num desafio epistemológico no combate a fundamentalismos e totalitarismos, caminho necessário para manter a vitalização das democracias, em sentido plural, pois *a* democracia, em sentido singular, na concepção do pensador argeliano, não poderá subsistir.

## REFERÊNCIAS

BURBULES, Nicholas C. Uma gramática da diferença: algumas formas de repensar a diferença e a diversidade como tópicos educacionais. In: GARCIA, Regina Leite; MOREIRA, Antônio Flávio Barbosa (org.). *Currículo na contemporaneidade* – incertezas e desafios. São Paulo: Cortez, 2003, p. 159-188.

DERRIDA, Jacques. *Torres de Babel*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Gêneses, genealogias, gêneros e o gênio*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

DERRIDA, Jacques. *O animal que logo sou*. São Paulo: UNESP, 2002.

DERRIDA, Jacques. *O monolinguismo do outro ou a prótese de origem*. Porto: Campo das Letras, 2001.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. 3. ed. São Paulo: Iluminuras, 2005.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

NASCIMENTO, Evandro (org.). *Jacques Derrida* – Pensar a desconstrução. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

RECEBIDO EM: 21/02/2018
APROVADO EM: 10/07/2018

# POLÍTICAS DE SAÚDE COLETIVA E GESTÃO URBANA DE RESÍDUOS SÓLIDOS NA FRONTEIRA: UM ESTUDO DE CASO EM PORTO MURTINHO – MS

## *PUBLIC POLICES OF COLECTIVE HEALTH AND URBAN SOLID WASTE MANAGEMENT IN THE BORDER: CASE OF PORTO MURTINHO – MS*

**Caio Luis Chiariello**[1]

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo analisar a gestão dos resíduos sólidos e a sua contribuição para a saúde coletiva da população próxima ao lixão do Município de Porto Murtinho – MS. Para tanto partiu da seguinte problemática: a atual gestão dos resíduos sólidos urbanos do Município de Porto Murtinho – MS contribui com a saúde coletiva de sua população dos moradores próxima ao lixão? O estudo partiu de uma abordagem qualitativa, utilizando da pesquisa aplicada, do tipo exploratório – descritivo. Os dados foram coletados por meio de entrevistas semiestruturadas com moradores da região. Os moradores foram selecionados por meio da amostra não probabilística do tipo intencional, sendo escolhidos 10 (dez) moradores, ou seja, 7,69% da população alvo. Analisados os resultados, concluiu-se que os moradores residentes próximos ao lixão municipal não percebem uma boa gestão dos resíduos por parte do poder público, pois relatam a falta de infraestrutura adequada, condições insalubres e vulnerabilidade para contágios de doenças, tendo em vista a proximidade do lixão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gestão urbana. Resíduos sólidos. Políticas públicas municipais.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the management of solid waste and its contribution to the collective health of the population near the landfill in the municipality of Porto Murtinho-MS for both departed the following problem: the current municipal solid waste management of the municipality of Porto Murtinho-MS contributes to the collective health of its population of residents near the landfill? The study came from a qualitative approach, using the applied research, exploratory-descriptive type. The data were collected through semi-structured interviews with residents of the region. Residents are selected by means of non-probability sample of intentional type, being chosen 10 (ten) residents, i.e. 7.69% of the target population. Analyzed the results, it was concluded that the residents residing near the city dump just don't

1 Economista (UNESP), Mestre e Doutor em Engenharia de Produção (UFSCAR). Professor da FACE da UFGD e Pró-reitor de Gestão de Pessoas (PROGESP) caiochiariello@ufgd.edu.br

get a good waste management on the part of the Government, because the lack of adequate infrastructure report, unsanitary conditions and vulnerability to infection of diseases, in view of the proximity of the landfill.

**Keywords:** Urban solid waste management. Public municpal policies.

## INTRODUÇÃO

O meio ambiente e a sustentabilidade são temáticas que ultimamente vem chamando atenção de todos os atores relevantes para a reflexão acerca das políticas públicas necessárias para a preservação ambiental concomitante com o desenvolvimento econômico e social. Nesta seara, são especialmente os entes públicos os responsáveis pelo monitoramento do compasso entre as atividades produtivas que poderão gerar impactos positivos e negativos no âmbito da sustentabilidade.

A importância de discutir o meio ambiente e a sustentabilidade em diversas áreas é medida que propicia um alinhamento de estratégias em dois polos convergentes, primeiramente para minimizar os impactos causados pelo homem e segundo, para proporcionar saúde e qualidade de vida a todos.

Neste contexto, discutir a saúde coletiva e meio ambiente é propiciar que os ditames da Constituição Federal de 1988, bem como as de Direitos Humanos sejam atendidos, visando a promoção da saúde entre todos. Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde) assim definiu a saúde ambiental como sendo "o campo de atuação da saúde pública que se ocupa das formas de vida, das substâncias e das condições em torno do ser humano, que podem exercer alguma influência sobre a sua saúde e o seu bem-estar" (FERREIRA e ANJOS, 2001).

Não obstante, um ambiente que não propicia condições necessárias à manutenção da vida, será aquele que propiciará a sua destruição (SIQUEIRA e MORAES, 2009). Dessa forma, um dos problemas ambientais gravíssimos que ainda se encontra sem solução não só no Brasil, mas também em toda a América Latina é a questão da gestão dos resíduos sólidos urbanos.

Muitos municípios no Brasil tem sérias dificuldades em resolver os problemas ambientais do destino final de seus resíduos sólidos, devido às questões de recursos financeiros ou por falta de interesse de seus gestores em buscar parcerias ou convênios (Silva, 2014). A solução para este problema ambiental é de responsabilidade do Estado, como prevê Constituição Federal de 1.988 em seu artigo 23, inciso VI, como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar ainda que a Lei Federal nº. 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS) estabelece em seu art. 8º diversos instrumentos para que o ente alcance os objetivos da política, assim "os planos de resíduos sólidos são um dos principais e mais importantes instrumentos, podendo ser elaborados a nível nacional, estadual, microrregional, de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, intermunicipal, municipal" (BRASIL, 2016).

Não é o que se verifica a fora pelos territórios brasileiros. Segundo Ferreira e Anjos (2001) diversos autores manifestaram a preocupação sobre o assunto da destinação final dos resíduos sólidos no meio ambiente e sua relação com a saúde humana, dentre eles desatacam: (Accurio et al., 1998; Anjos et al., 1995; Cantanhede, 1997; Diaz et al., 1997; Ferreira, 1997; Leite & Lopes, 2000; Maglio, 2000; Robazzi et al., 1992; Velloso, 1995; Zepeda, 1995), que apontam "as deficiências nos sistemas de coleta e disposição final e a ausência de uma política de proteção à saúde do trabalhador, como os principais fatores geradores desses efeitos".

No Município de Porto Murtinho – MS, segundo pesquisa realizada por Silva (2014) "assim como vários do território brasileiro ainda não conseguiu resolver os problemas ambientais do destino final de seus resíduos sólidos. Pela lei 12.305, sancionada em 2010, todos os municípios deveriam adaptar-se à Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS o que não ocorreu".

O presente estudo busca responder a seguinte questão: a atual gestão dos resíduos sólidos urbanos do Município de Porto Murtinho – MS contribui com a saúde coletiva de sua população que residem próximas ao lixão? Para tanto, o objetivo geral consiste em analisar a gestão urbana de resíduos sólidos no Município de Porto Murtinho – MS, de acordo com as diretrizes instituídas na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e suas contribuições para a saúde coletiva da população residente nas áreas próximas ao lixão.

Para alcance dos objetivos maiores, estabelece os objetivos específicos para a busca de resposta para a questão norteadora, sendo: (1) Discutir a importância da gestão dos resíduos sólidos urbanos para a saúde coletiva, (2) Analisar as políticas públicas de gestão de resíduos sólidos urbanos e sua relação com a saúde coletiva da população residente nas áreas próximas ao lixão, propondo sugestões de melhorias.

Justifica a realização desta pesquisa, primeiramente pela importância da contribuição na saúde coletiva da perfeita gestão dos resíduos sólidos urbanos. Segundo pela qualidade de vida na saúde da comunidade loca do Município de Porto Murtinho – MS, pois o local onde está sendo depositado o lixo, no caso em um terreno, deixados a céu aberto, sem qualquer tipo de seleção, limpeza, ou processos adequados para que os lixos não comprometam aquela área e consequentemente toda a região, ocasionando problemas principalmente no Rio Amonguijá que e um dos afluentes do Rio Paraguai onde feita captação da água para abastecimento da cidade, ocorre à contaminação da terra e com certeza atingir as águas subterrâneas, que estão sendo consideradas como alternativa pela escassez das águas doces na superfície. Com isso causando doenças por contaminação da água. Além disso, produz diversas substâncias e odores que criam animais causadores de doenças, como por exemplo, ratos, mosquitos, baratas e outros ainda que causem a leptospirose e a dengue.

Assim, o estudo parte de uma pesquisa de abordagem qualitativa, do tipo exploratório e descritivo, a partir de entrevista realizada com moradores dos bairros de Porto Murtinho – MS, que ficam próximas ao lixão. A seleção dos entrevistados foi baseada em amostra não probabilística não intencional, em virtude de reconhecer que os mesmos sofrem maiores impactos sobre a gestão de resíduos e sua relação com a saúde.

# 1 REFERENCIAL TEÓRICO

## 1.1. A SAÚDE COLETIVA

O direito à saúde está garantido pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 196, sendo um direito de todos e dever do Estado a sua garantia, mediante políticas sociais e econômicas que busquem reduzir os riscos de doenças e outros agravos, preservando acima de tudo, os princípios de acesso universal e igualitário sob as ações e serviços para a sua promoção e recuperação (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o Estado deve propiciar mecanismos e políticas públicas para assegurar que este direito fundamental não seja violado. Segundo Ferreira e Anjos (2001) a boa gestão dos resíduos sólidos está intrinsecamente correlacionado com a saúde coletiva e seus efeitos e impactos são melhores vistos naquelas pessoas que trabalham diretamente com a limpeza urbana, como os catadores de lixo.

De acordo com Siqueira e Moraes (2009) nesta busca de desenvolvimento, o conceito de saúde passa assim a não ser abstrata, enraizando no contexto histórico da sociedade, englobando assim as condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, a posse de terra e o principal que é o acesso aos serviços de saúde.

Em que pese "a discussão das questões ambientais vem ocorrendo de forma paralela ao desenvolvimento da saúde coletiva, sem a necessária articulação que possibilite experiências interdisciplinares como a complexidade da busca de soluções que exige" (Porto, 1998 *apud* FEREIRA e ANJO, 2001).

Segundo Peres (2002), a saúde coletiva é um movimento que surgiu por volta dos anos 70 e que veio "contestando os atuais paradigmas de saúde existentes na América Latina e buscando uma forma de superar a crise no campo da saúde". Para Winslow-Terris a definição de saúde pública parte do princípio de que é "a arte e a ciência de prevenir a doença e a incapacidade, prolongar a vida e promover a saúde física e mental mediante os esforços organizados da comunidade" (TERRIS; PAIM p.12 *apud* Peres, 2001).

Assim, danos no meio ambiente influem diretamente na saúde coletiva. É o exemplo dos danos causados pela destinação incorreta dos resíduos sólidos urbanos em lixões a céu aberto, sem qualquer tratamento.

Os efeitos na saúde humana e no meio ambiente de agentes físicos, químicos e biológicos são infinitos e podem comprometer toda a coletividade. Estudo realizado por Ferreira e Anjo (2001) apontou alguns destes agentes, conforme a seguir:

- Agentes físicos: o odor emanando dos resíduos pode causar mal - estar, cefaleias e náuseas em trabalhadores e pessoas que se encontrem proximamente a equipamentos de coleta ou de sistemas de manuseio, transporte e destinação final.

- Agentes químicos: nos resíduos sólidos municipais pode ser encontrada uma variedade muito grande de resíduos químicos, dentre os quais merecem destaque pela presença mais constante: pilhas e baterias, óleos e graxas, pesticidas, herbicidas, solventes, tintas, produtos de limpeza, cosméticos, remédios e aerossóis. Destaque que uma grande parcela destes resíduos é classificada como perigosa e pode ter efeitos deletérios à saúde humana e ao meio ambiente.

- Agentes biológicos: estes estão presentes nos resíduos sólidos e podem ser responsáveis pela transmissão direta e indireta de doenças. Os micro-organismos patogênicos ocorrem nos resíduos sólidos municipais mediante a presença de lenços de papel, curativos, fraldas descartáveis, papel higiênico, absorventes, agulhas e seringas descartáveis e camisinhas, originadas da população; dos resíduos de pequenas clínicas, farmácias e laboratórios e, na maioria dos casos, dos resíduos hospitalares, misturados aos resíduos domiciliares (Kenedy, 1992; Ferreira, 1997 *apud* FERREIRA e ANJO, 2001, p.692).

Destaca-se que muitos destes agentes são transmissores de doenças, e as pessoas mais vulneráveis a elas, são as que primeiramente estão em contato direto, como os catadores de lixo, e segundo as que residem nas proximidades.

## 1.2. RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

Recentemente foi publicado no site de notícias UOL (2016), que em 2030, a metade de toda população mundial poderá ter dificuldades para obter água. Esta notícia traz dois pontos de reflexão, sendo a primeira a intensa preocupação com o meio ambiente e a sobrevivência da espécie humana. Outro ponto é com relação ao crescimento populacional e a falta de destinação correta dos resíduos sólidos produzidos por todos.

De acordo com a Lei Federal nº. 12.305/2010, os resíduos sólidos consistem em:

> XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível; (BRASIL, 2010).

Segundo a Norma Brasileira NBR 10004/1987 *apud* (ALMEIDA, 2009, p.55), os resíduos sólidos são:

> aqueles resíduos nos estados sólido e semissólido, que resultam de atividades da comunidade de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos de água, ou exijam para isso soluções técnicas e economicamente inviáveis em face a melhor tecnologia disponível

No mundo são produzidos aproximadamente 63 milhões de toneladas de lixo no ano (SILVA, 2014). E segundo PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) até em 2025, o lixo mundial deve aumentar em 1,3 bilhões de toneladas para 2,2 bilhões de toneladas. Destaca ainda que "a gestão dos resíduos e o descarte correto de materiais se torna cada dia mais imprescindível para que o mundo caminhe para um desenvolvimento sustentável".

A questão preocupante diz respeito aos locais onde será destinada tamanha quantidade de resíduos sólidos, tendo em vista que os lixões a céu aberto já não comporta mais. Segundo Silva (2014, p. 135) os lixões vêm causando danos irreversíveis ao meio

ambiente, e "em cosequencia dessa prática irracional os impactos ambientais negativos podem ocasionar a contaminação de corpos d'água, assoreamento, enchentes, proliferação de vetores (macros e micros) transmissores de doenças, além da poluição visual, mau cheiro [...]".

Para tanto, é necessário realizar um estudo nas comunidades que residem próximas ao lixão e verificar quais são as suas percepções e condições se a gestão dos resíduos sólidos está contribuindo para uma melhora na saúde coletiva.

## 2. COLETA DE DADOS

A coleta de dados do presente estudo baseou-se na realização de entrevista semiestruturada com moradores dos bairros, que fica próximo ao local onde são despejados os lixos produzidos diariamente pela população de Porto Murtinho – MS.

A escolha da técnica de entrevista para coleta de dados procedeu devido à abrangência de fatos e fenômenos que possam ser levantadas. Na região estudada há pessoas que apresentam dificuldades para ler e escrever. Assim outro instrumento, como o questionário, prejudicaria a coleta de dados do presente estudo.

No mapeamento da população alvo da pesquisa, denominou-se a região leste da cidade, abrangendo assim, o final do bairro Salim Cafure e chácaras da região. Todavia, não foi possível mapear o universo da pesquisa desta região da cidade, assim delimitando somente os moradores residentes próximos ao lixão, conforme figura abaixo.

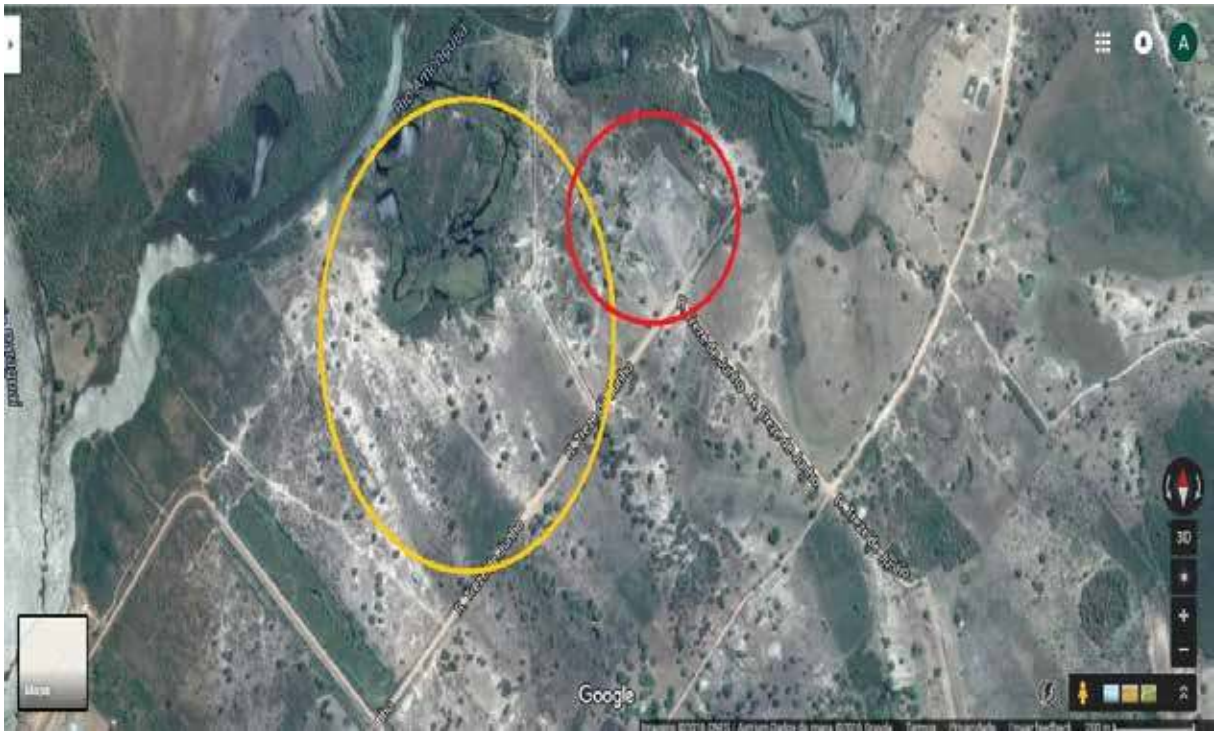


**Figura 1.** Região denominada "Matadouro" no Município de Porto Murtinho - MS

Fonte: Google Maps (2016)

Na demarcação em amarelo, fica a região denominada "Matadouro", que se encontra próximo à foz do rio Amonguijá e também na baixa bacia do Rio Amonguijá. Esta região localiza-se na sub-região do Pantanal de Porto Murtinho (SILVA, 2015 *apud* ABDON, 1998).

Este local é conhecido devido ao passado abrigar um abatedouro municipal de bovinos. Segundo Silva (2015, p. 93) este local possui uma infraestrutura "precária e fica ao lado do destino final dos resíduos sólidos urbanos – lixão a céu aberto". Na imagem acima, o lixão municipal foi circulado em vermelho.

Ainda de acordo com estudos realizados por Silva (2015, p. 104) "neste núcleo urbano moram 34 famílias, cerca de 130 pessoas, residindo em 16 casas de material aproveitado, 16 de madeira e 2 de tijolo". As maiorias são do sexo masculino, ou seja, 83 e em sua maioria 82, alfabetizados. Assim, o tipo da amostra da presente pesquisa é a não probabilística e caracterizada, como intencional, pois os "elementos da população que fornecerão os dados para a pesquisa são selecionados intencionalmente pelo pesquisador" (ALMEIDA, 2011, p. 22). Desta forma, foram selecionados 10 (dez) moradores do local para a realização da entrevista.

# 3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

## 3.1. O LIXÃO E A REGIÃO DO MATADOURO NO MUNICÍPIO DE PORTO MURTINHO – MS

O Município de Porto Murtinho está localizado na região sudoeste do Estado de Mato Grosso do Sul, que segundo o IBGE (2010) possui população de aproximadamente 15.372 habitantes. Sua economia é voltada para a pecuária, com grandes propriedades rurais distribuídas por todo o território do município.

Um ponto que iguala a cidade de Porto Murtinho com outros municípios do Brasil é a ausência de um local apropriado para a disposição dos seus resíduos sólidos urbanos, conforme exige a Lei Federal nº. 12.305/2010. De acordo com Silva (2014) "Na verdade pouco se avançou e o país destina inadequadamente 17,8% das 63 milhões de toneladas de lixo produzidas anualmente".

Esta prática de destinação final dos resíduos sólidos a céu aberto foi proibida no dia 03 de Agosto de 2014, sendo ainda um grande problema para vários municípios, dentre eles Porto Murtinho. No mesmo ano de proibição, o Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul, por meio da Comarca de Porto Murtinho firmou um TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) para que proíba a entrada de pessoas no lixão.

Segundo Silva (2014) o "não cumprimento do acordo pode gerar uma multa de pelo menos 50 milhões de reais devido ao fato de que o lixo causa impactos negativos ao meio ambiente, como margens de ruas e leito de rios e/ou mananciais de abastecimento".

Ainda no tocante a saúde coletiva, a disposição incorreta do lixo pode provocar diversas doenças, como afirma Ferreira e Anjos (2001, p.43):

> Os impactos provocados pelos resíduos sólidos municipais podem estender-se para a população em geral, por meio da poluição e contaminação dos corpos d'água e dos lençóis subterrâneos, direta ou indiretamente, dependendo do uso da água e da absorção de material tóxico ou contaminado.

Além destes problemas que os lixões a céu aberto causam, tem o risco de contaminação pela carne de animais criados próximos aos vazadouros e que podem causar a transmissão de doenças ao ser humano (FERREIRA e ANJO, 2001).

Na região do lixão de Porto Murtinho, quando chove, há o alagamento das áreas, fazendo com que o Chorume caia no Rio Amonguijá. A figura 2.a montra o lixão após chuva e a figura 2.b mostra o Chorume produzido.



(a) (b)

**Figura 2.a** – Vista aérea do lixão municipal após chuva, b – Chorume empoçado no lixão Municipal

Fonte: Silva (2014).

Segundo Silva (2010, p. 131) "O perigo de contaminação do manancial, pelo chorume empoçado, pode repercutir direta ou indiretamente nos rios abaixo da Baixa Bacia do Amonguija". Há também uma pequena comunidade que reside nas regiões bem próximas do lixão, denominada de "Matadouro", objeto este do nosso estudo.

A região do matadouro constituiu um novo bairro para Porto Murtinho. Sua paisagem não é das melhores, segundo Silva (2015, p. 93) "Possui uma concentração urbana, antiga vila do Matadouro Municipal, com precária infraestrutura e fica ao lado do destino final dos resíduos sólidos urbanos – Lixão a céu aberto". Nas imagens abaixo é possível à região do matadouro, com entulhos, casas construídas com sobras de materiais e lixo, residências e esgoto na rua.



**Figura 3.** Região do matadouro em Porto Murtinho – MS

Fonte: Silva, R.P. (2014).

É evidente a importância de se estudar e compreender a percepção dos moradores daquela região, sobre a gestão dos resíduos sólidos e sua contribuição para a saúde coletiva. Assim, procedeu-se com as entrevistas no período de 14 de Março de 2016 a 18 de Março de 2016, selecionando 10 moradores, ou seja, 7,69% da população alvo. Não houve qualquer restrição para a realização das entrevistas, havendo colaboração entre todos os moradores.

O perfil dos moradores entrevistados constituiu na sua maioria homens, de idade entre 30 a 55 anos de idade, com nível de escolaridade alfabetizado, entre primeira ao oitavo ano do ensino fundamental. Não houve dentro da amostra, pessoa com nível médio ou superior.

A percepção dos moradores daquela região com relação ao local onde estão sendo despejados os resíduos sólidos é totalmente desfavorável, no sentido de que ele (lixão) deve ser transferido para outra parte do território de Porto Murtinho – MS.

Já houve estudos realizados nesse sentido, pelo Prof. Rodrigo Pereira da Silva (2014), denominado de "O uso da geotecnologia na escolha de área adequada para a implantação de aterro sanitário", que colabora com as percepções dos moradores do Matadouro. A conclusão do estudo foi de que devem adotar critérios, sendo "é preciso uma adaptação para a realidade local que implica na incorporação de uma nova área restritiva relacionada às áreas úmidas, cujo critério eliminará da análise áreas com presença de umidade".

O local onde será construído um futuro aterro sanitário, deverá obedecer a critérios, para que não se crie novamente outro lixão avançado na zona urbana, continuando com a degradação do meio ambiente, ou seja, muda-se apenas o problema de lugar.

No matadouro, devido ao que a maioria das residências serem construídas de materiais reciclados, a questão do saneamento básico é precária. As fezes e urinas são destinadas em fossas construídas próximas as suas residências, e a destinação final dos resíduos sólidos, todos os entrevistados responderam que realizam a queima no final do dia.

A coleta de lixo não chega ao bairro, sendo obrigado conforme depoimentos dos entrevistados a efetuarem a queima. Dos 10 entrevistados, 8 responderam que aproveitam os materiais reciclados, ou vendem para cooperativas ambulantes que passam com seus caminhões pela cidades em tempos e tempos.

No tocante a saúde coletiva dos moradores, quando perguntado se os mesmos fervem a água para beber ou utiliza outros meios de filtragem ou água mineral, 90% responderam que não realizam qualquer meio de filtragem. Apenas 10% da amostra manifestaram que não dispõe de água potável fornecido pela concessionária, sendo utilizada água de poços artesanais.

Sob as doenças decorrentes da má gestão de resíduos sólidos, 60% dos entrevistados apontaram que já contraíram diarreias. Não houve casos de doenças como Hepatite B. Os dados coletados na entrevista colaboram com o estudo de Silva (2015), em que as doenças encontradas foram hanseníase, hipertensão e diabetes. Não há correlação entre as doenças e situação degradante e insalubre do local.

Corrobora Lombardo (1985 *apud* SILVA, 2015) "Por tais condições, pode ser identificado um crescimento urbano em local impróprio, sem critérios e respaldo técnico que comprometerão o futuro da população dessa área". Assim, percebe que o crescimento desacelerado e sem planejamento dessa área pode agravar a situação da saúde coletiva, bem como danos ao meio ambiente.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar estudo sobre a gestão dos resíduos sólidos urbanos e suas contribuições com a saúde coletiva, mais uma vez afirmou a importância de cuidar e preservar o meio ambiente. O presente estudo, tendo como estudo de caso a região do matadouro em Porto Murtinho partiu do seguinte problema: a atual gestão de resíduos sólidos urbanos do Município de Porto Murtinho – MS contribui com a saúde coletiva de sua população residente próxima ao lixão?

A partir dos relatos dos moradores entrevistados, foram observados que há ainda muito que fazer para minimizar os impactos causados no meio ambiente. Percebeu que a saúde coletiva é totalmente influenciada, quando não há qualquer disposição efetiva na gestão dos resíduos sólidos. Assim, no Bairro Matadouro "a cada dia é acarretado alterações significativas ao meio ambiente, alterando a particularidade de alguns suprimentos de vital importância ao ser humano, tais como ar fresco, água potável, alimento, espaços de lazer, vegetação nativa, dentre outros. Além de ser um local insalubre localiza-se ao lado de um lixão" (SILVA, 2015).

Ficou evidenciado que os moradores não percebem a presença do poder público na promoção da saúde coletiva e meio ambiente, pois o local ainda continua sendo tratado como abandono e descaso. O lixão que fica próximo à região do matadouro continua recebendo diariamente toneladas e mais toneladas de lixos, sem que haja uma solução para o problema.

Para próximas pesquisas sugere-se que sejam feitos estudos sobre a viabilidade técnica e econômica – financeira de um consórcio, na implantação de um aterro sanitário entre os municípios da região, que fazem fronteira com o Município de Porto Murtinho – MS.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P.S. de. Resíduos sólidos urbanos: aterro sustentável para municípios de pequeno porte. *Sociedade, Meio Ambiente e Cidadania.* USP, São Paulo, 2009.

BOAVENTURA, E.M. *Metodologia da pesquisa: monografia, dissertação e tese.* 1.ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Constituição Federal de 1.988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 27 de Janeiro de 2016.

FERREIRA, J.A; ANJOS, L.A. Aspectos da saúde coletiva e ocupacional associados à gestão dos resíduos sólidos municipais. *Cad. Saúde Pública,* Rio de Janeiro, 17, p. 689-696, mai-jun, 2001.

BRASIL, Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. Disponível em <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/planos-municipais-de-gest%C3%A3o-integrada-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos>. Acesso em 08 de Mar de 2016.

PNUMA, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em <http://web.unep.org/regions/brazil/> Acesso em 25 de Mar de 2016.

PERES, Laerte A. *A saúde e a saúde coletiva.* Disponível em <http://www.hospvirt.org.br/enfermagem/port/scol_int.html> Acesso em 25 de Mar de 2016.

SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, Porto Murtinho – MS, 2014.

SILVA, R.P. O uso da geotecnologia na escolha de áreas adequadas para implantação de aterro sanitário. *Anais 5º Simpósio de Geotecnologias no Pantanal,* Campo Grande – MS, 22 a 26 de Nov. de 2014.

SILVA, R.P. *Caracterização da situação das áreas de risco a inundação e alagamento no entorno do dique da cidade de Porto Murtinho – MS.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2015.

SIQUEIRA, M.M; MORAES, M.S. Saúde coletiva, resíduos sólidos urbanos e os catadores de lixo. *Ciência & Saúde Coletiva.* p. 2115-2122, 2009.

UOL. Notícias. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2016/03/22/metade-da-populacao-mundial-podera-ter-dificuldades-para-obter-agua-em-2030.htm> . Acesso em 24 de Mar de 2016.

RECEBIDO EM: 02/03/2018
APROVADO EM: 05/06/2018

# CUIDADOS PALIATIVOS E AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL: REFLEXÕES SOBRE O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

## *PALLIATIVE CARE AND AUTONOMY OF THE TERMINAL PATIENT: REFLECTIONS ON THE VITAL TESTAMENT IN BRAZIL*

**Taciana Damo Cervi**[1]

*A prova (...) da liberdade é inseparável da prova da mortalidade.*

*Nenhum ser – nem um indivíduo nem uma sociedade –*

*pode ser livre sem aceitar a mortalidade.*

Cornelius Castoriadis

**RESUMO:** A pesquisa investiga o contexto em que se desenvolve o testamento vital no Brasil. Por meio da referida declaração de vontade e após aconselhamento médico, a pessoa elege o que considera como digno em atendimento de saúde quando estiver em circunstâncias de terminalidade de vida. O estudo se justifica em razão da inexistência de legislação sobre a matéria e da necessidade difundir o precedente gaúcho que reconheceu a ortotanásia ou o direito à morte digna por meio do testamento vital. A investigação adota as teorias de Hegel e Honneth para contextualizar os anseios do paciente terminal na luta pelo reconhecimento. Inicialmente, o trabalho se dedica à abordagem da vulnerabilidade do paciente terminal e a relação transparente que deve existir na prestação de serviços médicos, identificando o instrumento como reflexo dos princípios bioéticos. Ainda, a investigação se debruça sobre o que sejam as diretivas antecipadas de vontade, especialmente o testamento vital como declaração de vontade para tratamentos de saúde em fim de vida. Em seguida, a pesquisa analisa o precedente gaúcho de reconhecimento da ortotanásia no qual restou demonstrado importante avanço do entendimento jurisprudencial acerca dos cuidados paliativos do paciente terminal. Ao final, verifica-se que oportunizar as pessoas a elaboração de diretivas antecipadas de vontade constitui-se em condição *sine qua non* para o reconhecimento e concretização da autonomia e liberdade do paciente terminal. O trabalho adota o método de procedimento monográfico com a pesquisa indireta e o método de abordagem dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cuidados paliativos. Autonomia. Testamento vital. Brasil.

1 Professora universitária. Doutoranda em Direito pela UFRGS. Assessora técnica do Comitê de Ética em Pesquisa com Humanos na URI, campus de Santo Ângel. taciana@san.uri.br

**ABSTRACT:** The research investigates the context in which the living will is developed in Brazil. Through this declaration of will and after medical advice, the person elects what he considers to be worthy in health care when he is in terminal life circumstances. The study is justified by the inexistence of legislation on the matter and the need to disseminate the Gaucho precedent that recognized orthathanasia or the right to a dignified death through a living will. The research adopts Hegel and Honneth's theory to contextualize the terminal patient's longings in the struggle for recognition. Initially, the paper focuses on the vulnerability of the terminal patient and the transparent relationship that must exist in the provision of medical services, identifying the instrument as a reflection of bioethical principles. In addition, research focuses on anticipated will directives, especially the living will as a declaration of will for end-of-life health care. Next, the study analyzes the previous gaucho recognition of ortho- thasia in which it has been shown important advance of the jurisprudential understanding about palliative care of the terminal patient. In the end, it is verified that giving people the preparation of advance directives of will constitutes a sine qua non condition for the recognition and realization of the autonomy and freedom of the terminal patient. The work adopts the deductive method with indirect research.

**KEYWORDS**: Palliative care. Autonomy. Freedom. Living Will. Brazil.

## INTRODUÇÃO

A ideia de realizar um estudo sobre o testamento vital surgiu da constatação do avanço da legislação em outros países, especialmente na Espanha, e da inexistência de legislação pátria para a temática e do precedente judicial gaúcho que reconheceu a legitimidade de uma pessoa optar pela morte digna a partir do testamento vital. O estudo se justifica em razão de que o paciente João Carlos Ferreira, idoso, deliberou sobre a ortotanásia[2] por meio do denominado testamento vital.

Ainda que a nomenclatura *testamento vital* possa ser compreendida como inadequada, uma vez que a palavra testamento indica disposição acerca de vontades para produção de efeitos *post mortem*, trata-se de expressão amplamente utilizada no mundo todo e mais popularmente conhecida, de modo que por tais razões assim é referida no trabalho aqui demonstrado.

O precedente judicial gaúcho insere no cenário jurídico brasileiro questão abordada apenas academicamente carecendo de um marco regulatório. As buscas realizadas junto à Corte Suprema demonstram resultado algum, de modo que a análise do precedente busca identificar os argumentos aplicáveis.

O testamento vital figura no ordenamento jurídico brasileiro como contrato atípico e, nesse sentido, vem sendo interpretado de acordo com as diretrizes estabelecidas pela parte geral do Código Civil no que concerne a sua validade e eficácia.

Nesses termos, a pesquisa pretende contribuir para a reflexão acerca da (in)viabilidade de um marco regulatório para a temática, tal qual pode ser verificado na Espanha.

2 Refere o artigo 1° da Resolução n°1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, "é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

Para tanto, inicialmente o trabalho contextualiza a vulnerabilidade do paciente terminal e os cuidados paliativos decorrentes da implementação dos princípios bioéticos. Posteriormente, aborda a relação médico/paciente em um contexto de cumprimento da cláusula da boa-fé objetiva, dado que se trata de contrato de prestação de serviços médicos. Por conseguinte, a pesquisa aborda as diretivas antecipadas de vontade, especialmente o testamento vital resgatando sua origem e propósitos. Na sequência, o estudo resgata a política hegeliana de reconhecimento para posteriormente abordar a perspectiva da liberdade em Honneth. Ao final, o estudo analisa as perspectivas para o tema no Brasil a partir do precedente gaúcho de reconhecimento da ortotanásia e o direito de morrer com dignidade.

O trabalho adota o método dedutivo por meio da abordagem indireta, com a consulta a livros, revistas e jurisprudência.

## 1 VULNERABILIDADE DO PACIENTE TERMINAL E CUIDADOS PALIATIVOS

A temática da morte, o enfrentamento do processo de morte e o sofrimento das pessoas é uma preocupação constante da humanidade. Enquanto percebe-se imensa quantidade de trabalhos científicos, processos judiciais e esforços cotidianos para a preservação da vida e a sobrevivência das pessoas, de outro lado existe movimento no sentido de refletir sobre o modo como tem-se oportunizado dignidade às pessoas nos momentos derradeiros de suas vidas.

O debate tem sido intensificado a partir dos avanços científicos concernentes à manutenção artificial da vida pois, o que mais preocupa não é o evento morte, e sim, o processo que conduz a esse momento final de extinção da personalidade que denota momento ímpar da vulnerabilidade humana.

O que se compreende com o termo vulnerabilidade? A partir do latim, *vulnerabilis*, que causa lesão. Com isso, compreende-se que vulnerável é todo aquele que pode ser fisicamente ferido; atacado, prejudicado, ofendido. Historicamente, os vulneráveis eram compreendidos como os deficientes mentais e físicos, as crianças, os senis e os institucionalizados de qualquer ordem. Ao longo da história percebeu-se que também são vulneráveis e carecem de proteção as populações subdesenvolvidas, as pessoas em vulnerabilidade social, fruto de contextos de opressão e pobreza. (BARCHIFONTAINE, 2007, p.77).

O conceito de vulnerabilidade surgiu nos debates bioéticos nos anos de 1990 com o susto provocado pelo amplo crescimento da epidemia causada pelo vírus HIV. A partir de então, percebeu-se também que, mesmo pessoas economicamente privilegiadas seriam também vulneráveis e passíveis de serem contaminadas. (BARCHIFONTAINE, 2007, p.77). Então, a vulnerabilidade passa a ser identificada por dois modos: como caracterização de situação de fragilidade particular por algumas pessoas e como condição humana universal.

Por outro viés, Zancanaro refere a existência de dois momentos em que a vulnerabilidade se torna latente: no início e no final da vida. Em ambas as circunstâncias não podemos encontrar autonomia, liberdade, mas sim, cuidado. No início da vida, o cuidado é incondicional, ou a vida do recém- nascido se torna inviável. No final da vida,

o cuidado está relacionado à proteção dos direitos humanos e da dignidade dos doentes incuráveis e terminais. (ZANCANARO, 2007, p.58).

No tocante ao final de vida, percebe-se como circunstância de pleno significado. Estar junto da família, de amigos e animais queridos, assim como de objetos pessoais, em um ambiente acolhedor e confortante, são cuidados que devem ser dispensados ao doente em estado terminal. Garantir uma boa morte ou qualidade de vida nesse momento é imprescindível para a promoção do conforto do doente. Em verdade, uma garantia de dignidade no final da vida.

Os cuidados paliativos são referidos desde 1990 pela Organização Mundial de Saúde –OMS, como toda a atenção dada a pessoa no sentido de aliviar a dor, o sofrimento físico e emocional dos pacientes com enfermidades graves em fase avançada, ajudando ainda os familiares a cuidar dos seus entes queridos. De acordo com o *primeiro mapa mundial das necessidades de cuidados paliativos* divulgado pela OMS, em cada dez pacientes que necessitam de cuidados paliativos apenas um obtém tal atendimento. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2018). As razões de dada constatação seriam a ausência de políticas públicas de reconhecimento da assistência paliativa e também, o desconhecimento por parte dos profissionais de saúde, voluntários, comunidade e do público em geral sobre os benefícios dos cuidados paliativos.

Nesse aspecto, a atenção na forma de cuidados paliativos deve acontecer sempre que estiver constatada terminalidade da vida, circunstância em que tratamentos supérfluos deixem de ser administrados. Existem critérios que determinam quando uma patologia pode ser considerada terminal, a Sociedade Espanhola de Cuidados Paliativos – SECPAL, traça os elementos seguintes: presença de uma doença avançada, progressiva e incurável; falta de possibilidades razoáveis de respostas a tratamentos específicos; verificação de diversos sintomas, múltiplos, multifatoriais; grande impacto emocional no paciente, família e equipe de cuidados estritamente relacionado com a presença explícita ou não da morte; e ainda, prognóstico de vida inferior a seis meses. (SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS, 2018).

De acordo com dados da Organização Mundial de Saúde para o ano de 2015, 40 milhões de pessoas no mundo necessitaram de cuidados paliativos e, desse total, 78% se encontravam em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, de modo que apenas 14% tiveram acesso a tais oportunidades. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2018).

De acordo com o mesmo documento a necessidade por cuidados paliativos será crescente em razão do processo de envelhecimento da população e a urgência pela assistência paliativa tempestiva é justificada em razão da redução das hospitalizações e dos serviços de saúde.

Para tanto, González-Serna elenca cinco princípios éticos básicos para o enfrentamento das enfermidades diagnosticadas e relacionadas à terminalidade de vida para a correta implementação da ortotanásia, compreendida como a estratégia de aplicação dos meios adequados a garantir uma morte digna, respeitando o processo natural de morte. (GONZÁLEZ-SERNA, 2008, p.196).

Os princípios destacados pelo autor são orientadores para a tomada de decisões clínicas, sendo identificados pela solidariedade, não maleficência, justiça, autonomia

e beneficência. Quanto ao primeiro, o princípio da solidariedade, é compreendido pela aproximação ao doente, calor humano, prestação de cuidados paliativos e o alívio do sofrimento. No que pertine ao princípio da não maleficência, consiste em não causar danos ao ser humano e especialmente quanto ao doente terminal, significa utilizar medidas que propiciem qualidade de vida. (GONZÁLEZ-SERNA, 2008, p.197).

Quanto ao princípio da justiça, diz respeito a garantir à pessoa em estágio terminal o acesso aos tratamentos disponíveis sem discriminação. Ainda, quanto ao princípio da autonomia, busca-se garantir a voluntariedade na aceitação de tratamentos por meio da tomada de decisões pelo próprio paciente ou, em casos de impossibilidade, por sua família. No que se refere ao princípio da beneficência, significa maximizar os benefícios previstos e minimizar os possíveis danos. (ZANCANARO, 2007, p.73).

Assim, denota-se que os princípios bioéticos visam proporcionar à pessoa o atendimento de suas necessidades, especialmente em circunstâncias de vulnerabilidade. Trata-se de compromisso ético dos profissionais de saúde no sentido de ajudar o paciente e sua família a assumir com resiliência o processo de morte, garantindo atenção médica, espiritual, psicológica, respeitando nesse processo assistencial os valores e convicções do paciente.

## 2 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO E A BOA-FÉ OBJETIVA

Consagrada a autonomia da vontade como princípio bioético e a legitimidade da determinação de tratamentos ou a dispensa de outros, surge o testamento vital como declaração de vontade antecipada acerca das circunstâncias de terminalidade.

A elaboração do testamento vital pressupõe o aconselhamento médico. Não é possível que uma pessoa determine como quer morrer sem nem mesmo averiguar seu estado de saúde, quais suas predisposições, o que a medicina pode informar-lhe acerca de doenças familiares. Nesse sentido, a escolha por determinados tratamentos e não por outros, tem como pressuposto o esclarecimento médico relacionado as consequências das doenças para o paciente.

A autonomia somente pode ser considerada quando produto de aconselhamento, esclarecimento médico. Com isso, tem-se que a relação médico-paciente deva ser transparente uma vez que o paciente deposita no profissional a confiança para o tratamento.

Sgreccia refere que o médico é o profissional eleito livremente pelo paciente ou sua família para atuar na prevenção ou tratamento de uma doença, enquanto que de outro lado, o paciente é o protagonista da administração de sua saúde. (SGRECCIA, 2009, p.344). Entretanto, percebe-se nessa relação que o médico dispõe de conhecimentos técnicos e está habituado a conviver com a dor do outro, enquanto que o paciente devido à doença, está fragilizado.

São vértices diversos de vivência da doença, do ponto de vista do paciente sujeito de intervenções e do ponto de vista médico que acompanha e trata a doença. A relação entre ambos restou ainda mais distanciada com a especialização dos saberes, o desenvolvimento tecnológico e pela lógica capitalista, quando o corpo do homem passa a ser o âmbito de implementação das tecnologias. (MABTUM, OZAKI e PENNA, 2012).

Nesse aspecto, como o paciente vulnerável e frágil pode deliberar sobre tratamentos médicos? Poderia frustrar o tratamento recusando submeter-se a ele? Nota-se a importância do cumprimento do dever do médico de esclarecer, auxiliando a pessoa enquanto ela ainda tem autonomia, isto é, enquanto não estiver debilitada pela doença ou abatida pelos efeitos dos tratamentos. Desse modo, a pessoa pode compreender a circunstância de seu diagnóstico e pensar sobre as formas de tratamento, escolhendo aquelas que condizem com seu íntimo e que serão registradas em uma diretiva antecipada de vontade - no testamento vital.

Ao analisar o serviço médico enquanto contrato de prestação de serviços, as partes devem cumprir com a boa-fé objetiva que está fundada em deveres como "honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio". (GONÇALVES, 2012, p. 701).

Caracteriza-se em diretriz de todo e qualquer contrato e, no que concerne à relação médico-paciente, a partir da confiança que deve existir entre ambos, a referida cláusula garante o respeito mútuo, a informação acerca dos tratamentos e procedimentos médico-cirúrgicos, as possibilidades de êxito do tratamento ou procedimento, e ainda, os riscos a que a pessoa estará sujeita.

Denota-se a partir do cumprimento da boa-fé, uma relação verdadeiramente transparente entre médico e paciente mediante o cumprimento de tais deveres e, esclarecido acerca da situação em que se encontra o paciente pode em sua autonomia, deliberar sobre o melhor tratamento médico, ou ainda, o que autoriza à ciência, por meio dos profissionais de saúde, possam promover em seu corpo.

Acrescenta Borges que, o desrespeito médico às escolhas do paciente devidamente esclarecido à recusa de tratamento, caracteriza cárcere privado, constrangimento ilegal e ainda, lesões corporais, de acordo com o caso. (BORGES, 2001). Nesse sentido, o paciente tem o direito de ser informado sobre os riscos e benefícios quanto às terapias aplicáveis decidindo de forma livre sobre os rumos de sua doença.

Tem-se assim, a consagração do princípio bioético da autonomia da vontade. Nesses rumos, Barchifontaine destaca

> o princípio da autonomia ou respeito às pessoas consiste em reconhecer o direito de escolha das pessoas, a autonomia quanto a sua vontade e de seus atos. O médico deve respeitar a vontade do paciente em submeter – se ou não a determinado tratamento médico. (BARCHIFONTAINE, 2007, p.77).

O autor explica ainda, que do referido princípio decorre a demonstração da vontade do paciente por meio do termo de consentimento informado e a substituição da tomada de decisão do paciente quando este não tiver condições de fazê-lo. Assim, surge como reflexo da autonomia o termo de consentimento livre e esclarecido como instrumento assinado pelo paciente em que constam todos os esclarecimentos acerca do procedimento e/ou tratamento a que esteja se submetendo. Trata-se de garantia constitucional prevista no art.5°, XIV e no art.22 do Código de Ética Médica.

Questão preocupante é a verificada quando a pessoa é incapaz de exprimir sua vontade não podendo dar seu consentimento ou impedindo tratamentos/ procedimentos. Diante da dúvida quanto às decisões dos familiares é que desponta o testamento vital

como alternativa de manutenção da vontade da pessoa que deve ser respeitada pelo médico independentemente da vontade dos familiares.

Verifica-se com o testamento vital que o médico passa a ser um conselheiro pois a escolha do tratamento é exclusiva do paciente a partir das orientações prestadas pelo profissional médico. A este não é permitido violar as determinações do paciente, ainda que este não possa manifestar sua vontade de modo que à família, cumpre respeitar e fazer cumprir as decisões do paciente sobre os tratamentos dispensados no final de sua vida, conforme pode ser verificado a seguir.

## 3 TESTAMENTO VITAL COMO DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE

O desenvolvimento da ciência e as conquistas tecnológicas têm promovido modificações profundas na vida das pessoas e em sua qualidade de vida, entretanto, também têm gerado polêmica no que concerne à possibilidade de prolongamento artificial da vida humana. Nesse aspecto, os conhecimentos científicos empregados para prolongar a vida do paciente terminal são meios de violação da dignidade do paciente, ao invés de serem garantidores da dignidade da pessoa humana.

Na tentativa de prolongar a vida dos pacientes terminais, até mesmo por vontade dos familiares que encontram dificuldades no processo de despedida do paciente, os profissionais de saúde têm empreendido tratamentos para o prolongamento do processo de morte. É a chamada obstinação terapêutica, compreendida como "la utilización desproporcionada de medios tecnológicos para prolongar artificialmente la vida biológica de un paciente con una enfermedad irreversible o terminal". (GONZÁLEZ-SERNA, 2008, p.196).

As consequências da obstinação terapêutica para a pessoa doente e sua família costumam ser muito negativas uma vez que surgem de um sofrimento desnecessário provocado pela própria medicina. Constatado tal sofrimento, questiona-se se a vida é um bem que deva ser preservado a qualquer preço. Deve prevalecer o desejo da família de garantir sobrevida ao paciente quando não há possibilidade de cura?

A pergunta lançada ao leitor, remete à reflexão sobre os momentos derradeiros da vida e ao modo como o prolongamento da vida tem oportunizado a violação da dignidade da pessoa humana.

Diante desse cenário de incerteza é que surgem as *diretivas antecipadas* (*advanced care documents*) oriundas da experiência norte-americana[3] e que consistem em um conjunto de instruções sobre futuros cuidados médicos implementados em uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade. De acordo com a mesma legislação, as diretivas antecipadas seriam gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos, enquanto que o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*) seriam espécies.

3 Aprovada em 1991, a lei federal *Patient Self Determination Act,* reconhece o direito à autodeterminação do paciente, como o próprio nome da lei refere. Disponível em http://thomas.loc.gov/cgi-bin/fquery/z?c101:H.R.5067. Acesso em 12.mar.2017.

Com relação ao último, caracteriza-se em instrumento pelo qual se institui um procurador de saúde, que decidirá em nome do paciente nas hipóteses em que este não puder fazê-lo. Segundo Dadalto, constitui-se no instrumento pelo qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelo médico em caso de incapacidade definitiva ou não, do paciente. Tudo a partir do que este houver disposto como vontade prévia. (DADALTO, 2013).

Por sua vez, o testamento vital constitui-se em declaração de vontade para o fim da vida. (DADALTO, 2013). Percebe-se assim, o alcance mais amplo do mandato duradouro sendo ainda possível, que as duas diretivas coexistam em um mesmo instrumento.

O testamento vital é caracterizado por Borges como:

> documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença. (BORGES, 2001, p.284).

Nesse mote, convém esclarecer qual a relação existente entre este documento e o testamento, declaração de vontade conhecida no direito sucessório. O termo testamento vital surge como uma aproximação, na medida em que consiste em manifestação de vontade formulada por um agente capaz; deve ser prestado de forma livre e espontânea, sem vícios de consentimento; ainda, constitui-se em um ato passível de revogação ou alteração a qualquer tempo e a incapacidade superveniente do agente não inviabiliza o teor da declaração.

Nota-se o que distancia os dois institutos: o caráter patrimonial presente apenas no testamento cível, dado que no testamento vital existem deliberações acerca de tratamentos médicos em caso de terminalidade de vida. Assim, enquanto o primeiro produz efeitos *pos mortem,* o segundo produz efeitos em vida, na fase terminal do testador.

A partir disso, compreende-se o testamento vital como uma declaração escrita da vontade de um paciente acerca dos tratamentos aos quais não deseja ser submetido, caso não possa exprimir sua vontade. Destaca-se o caráter de incapacidade temporária ou de terminalidade de vida, circunstâncias em que a pessoa perde a capacidade de comunicação e expressão de suas vontades.

O testamento vital surgiu nos Estados Unidos, ao final da década de 60 quando a Sociedade Americana para a Eutanásia propõe no ano de 1967, um "documento de cuidados antecipados" em que a pessoa registraria sua vontade acerca de tratamentos e intervenções médicas de manutenção da vida. Dadalto refere que em 1969, Luiz Kutner elaborou o primeiro modelo de *Living Will* alicerçando as bases do documento. (DADALTO, 2013, p. 96).

Em 1976, surgiu a primeira judicialização acerca do tema quando Karen Ann Quinlan, uma americana com vinte e dois anos de idade entrou em coma e, diante da irreversibilidade do caso, seus pais solicitaram a retirada do respirador. Em razão da recusa médica em cumprir com a vontade da família, os pais da paciente ajuizaram ação requerendo a suspensão do esforço terapêutico dado que em conversas anteriores

ao coma a paciente teria referido seu desejo de não ser mantida ligada a aparelhos. Conforme relata Dadalto, o pedido foi negado em primeira instância mas deferido na Suprema Corte de New Jersey. A paciente viveu ainda por nove anos falecendo em decorrência de uma pneumonia e sem ajuda de respiradores. (DADALTO, 2013, p. 96).

Contudo, quais tratamentos podem ser dispensados pelo paciente quando a vida está em risco? Poderia a pessoa por meio do referido instrumento impedir que os profissionais de saúde o atendam de modo a salvar-lhe a vida? Se é difícil pensar sobre a morte mais ainda o é, quando se percebe o modo como ela tem acontecido, notadamente quanto à manutenção artificial da vida e o prolongamento do processo de morte. Assim, de acordo com suas próprias convicções, de acordo com os valores morais e espirituais, a pessoa poderia eleger os chamados cuidados paliativos ou ordinários e a morte em seu devido momento, dispensando toda forma artificial de manutenção da vida alcançada com os tratamentos extraordinários.

Nesse particular, a literatura refere os cuidados paliativos como sendo todos os cuidados em que é privilegiada a qualidade de vida do paciente terminal até o seu momento final. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018). Consistindo em tratamentos ordinários os medicamentos para alívio da dor, oferecimento de oxigênio e todo atendimento de ordem psicológica e espiritual ao paciente e sua família. (DADALTO, 2013). De outra banda, Beauchamps e Childress, referem como tratamentos fúteis ou extraordinários aqueles que não trazem benefício real ao doente terminal, uma vez que a morte é inevitável. (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002).

Costuma-se averiguar, caso a caso, a futilidade do tratamento, entretanto, a literatura tem referido como exemplos de atendimentos extraordinários em saúde a internação em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs, a traqueostomia, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticas e derivados sanguíneos. Destaque-se também, procedimentos cirúrgicos e tratamentos como hemodiálise, quando o paciente já se encontra em fase terminal, em que todos os esforços empregados não serão capazes de devolver-lhe a saúde ou alguma possibilidade de melhora. (DADALTO, 2013).

De acordo com González-Serna,

> cuando se haya decidido limitar el esfuerzo terapeutico siempre habrá que ofrecer unos cuidados integrales de calidad y con carácter paliativo que impliquen el compromiso de alcazar el mayor bienestar posible para el enfermo y família, ayudándoles y acompañándoles tanto humana como profesionalmente en el difícil processo del morir. (GONZÁLEZ –SERNA, 2008, p. 198).

Contudo, verifica-se o testamento vital como instrumento importante de garantia de qualidade de vida quando instalado o processo de morte visto que a pessoa elege os tratamentos que considera dignos e os que recusa. Ressalte-se também, que as disposições acerca dos tratamentos do paciente terminal não estão relacionadas com a abreviatura da vida, mas sim, com a autorização para o prosseguimento natural da doença e o desfecho digno da existência, conforme orientam as convicções pessoais do paciente.

## 4 RECONHECIMENTO, LIBERDADE E AS PERSPECTIVAS PARA O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

A temática em análise implica a compreensão inicial de que a opção pela redação de um testamento vital diz respeito a uma luta por reconhecimento. Trata-se de um esforço para a consagração da autonomia e efetivação da liberdade daquele que realiza as escolhas atinentes aos tratamentos médicos ofertados para uma dada enfermidade.

Nessa linha, a investigação resgata o projeto de autonomia de Castoriadis, para quem a sociedade autônoma só pode despertar a partir de indivíduos igualmente autônomos. Por tal viés, tem-se uma via de mão dupla em que a autonomia dos indivíduos é propiciada por uma sociedade democrática e autônoma. (CASTORIADIS, 2000, *passim*).

O autor ainda destaca que a partir da constituição de uma sociedade política surge espaço para a práxis, compreendida como "[...] fazer no qual o outro ou os outros são visados como seres autônomos e considerados como agentes essenciais do desenvolvimento de sua própria autonomia". (CASTORIADIS, 2000, p. 94). Com isso, percebe-se o desenvolvimento dinâmico da sociedade alimentado pela contribuição dos indivíduos autônomos para a viabilização de espaços públicos qualificados.

Nessa esteira, Bauman relaciona sua compreensão sobre o indivíduo autoconstituído, resultado de um processo amplo de construção da identidade. Para ele, a construção da identidade do indivíduo é delineado ao longo de toda a sua história, de modo que se verifica o constante desafio da identificação de si próprio, inexistindo um termo final para sua conclusão. Assim, a sociedade que tem como principal característica a autonomia, é produto da construção democrática do coletivo autônomo e, a partir de cada indivíduo autônomo.

Quando escreve a obra *Em busca da política,* apresenta a política como arte no sentido de permitir a libertação dos indivíduos capacitando-os a estabelecer seus limites individuais e coletivos. Nesse ínterim, aponta como ideia central a construção da liberdade individual a partir do trabalho coletivo, ou seja, só pode ser assegurada e garantida coletivamente. (BAUMAN, 2000, p.15).

Ademais, ainda ressalta a garantia de liberdade como um dever de uma boa sociedade, não apenas no sentido de assegurar aos indivíduos estarem livres de qualquer coação, mas também de serem capazes de realizar coisas a partir de sua própria liberdade. Nestes termos, "significa primordialmente poder influenciar as condições da própria existência, dar um significado para o 'bem comum' e fazer as instituições sociais se adequarem a esse significado". (BAUMANN, 2000, p. 112).

Em tais rumos, a afirmação do direito de liberdade na escolha e recusa de tratamentos médicos nos momentos derradeiros da vida vem ao encontro de um novo imaginário social, como apontou Cornelius Castoriadis fundado na emancipação e autonomia.

Nesse sentido, a afirmação do direito de liberdade implica a definição anterior sobre liberdade. De acordo com a definição de Abbagnano, a liberdade pode ser compreendida pela possibilidade de autodeterminação quando verificada a ausência de condições e de limites; por outro viés, ainda é vislumbrada como a possibilidade de escolha, sujeita aos limites das liberdades do outro. Nesses termos, a liberdade é referida como sendo condicionada e limitada, assumindo diversos interpretações como no campo metafísico, da moral, da política e da economia. (ABBAGNANO, 2007, p.606).

A liberdade constitui-se em um dos importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito. Caracteriza-se pela possibilidade de autodeterminar, realizar escolhas e viabilizar a realização projetos atinentes à esfera privada. Na temática de estudo proposta, reconhecer o outro como autor de sua jornada denota a consagração da liberdade, de acordo com a teoria hegeliana do reconhecimento recíproco, dado que aspiração à liberdade atua no sentido de propiciar a interação entre as pessoas que vislumbram suas ações de modo complementar. (HEGEL, 2007). Nesse aspecto, nas aspirações do outro tidas como componente do mundo externo encontra-se que lhe permite colocar em prática objetivamente as metas estabelecidas por ele mesmo.

Denota-se então, o reconhecimento vinculado ao processo de evolução moral a partir da normatização que gera reconhecimento intersubjetivo com as mudanças nas concepções de honra e estima social. (MATTOS, 2006, p.96).

Assim, a concretização da autonomia de uma pessoa passa a ser vislumbrada quando existe reconhecimento por parte dos outros, o que gera reconciliação recíproca e uma interação dinâmica a ponto de propiciar o surgimento de uma nova eticidade, fundada na confirmação das identidades. Veja-se:

> Na medida em que sou reconhecido por um outro sujeito em minhas capacidades e propriedades, se, por um lado, eu me reconcilio com o outro sujeito, por outro, eu aumento a minha percepção sobre minhas particularidades e descubro novas especificidades, novas fontes de minha identidade que necessitam novamente ser reconhecidas. Minha identidade ganha uma nova dimensão alcançando uma nova etapa de eticidade que precisa ser confirmada. (MATTOS, 2006, p.21).

Nota-se então, que o reconhecimento por parte do outro torna-se importante para a consagração da autonomia, o que é compreendido na teoria hegeliana como reconhecimento recíproco. (HEGEL, 2007, p. 151). Baseado nessa teoria, Honneth destaca que a honra e a dignidade de uma pessoa estão relacionadas com a estima social verificada pela com a possibilidade de auto-realização propiciada pela atribuição de um valor social acerca das capacidades. (HONNETH, 2003, p.217). E destaca,

> A aspiração à liberdade deixa de ser um elemento da experiência puramente subjetiva no momento em que o sujeito se encontra com outros sujeitos cujos objetivos se comportam de maneira complementar aos próprios, uma vez que agora o ego pode ver, nas aspirações da outra parte na interação, um componente do mundo externo que lhe permite colocar em prática objetivamente as metas estabelecidas por ele mesmo. (HONNETH, 2015, p.85-86).

Assim, enquanto instrumento de efetiva consagração da vontade do paciente terminal, o testamento vital e seu reconhecimento importa em verdadeira estima social pelo respeito à dignidade daquele que mediante esclarecimento médico e autonomia, já pré-determinou os tratamentos que permite e rejeita em seus momentos finais.

A partir do exposto, é possível destacar algumas reflexões acerca das perspectivas para a temática no Brasil. Inicialmente, cumpre ressaltar que a matéria de estudo nesta investigação não tem correspondente legislativo específico no Brasil. Ainda que o Código Civil enuncie em seu artigo n°15, quanto aos direitos da personalidade que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". O dispositivo deve ser interpretado ampliativamente pois, nos casos em que não há risco de vida o disposto também deve ser assegurado.

No âmbito do Conselho Federal de Medicina a Resolução n°1995/2012, dispõe sobre as diretivas de vontade antecipadas do paciente, determinando que em não havendo a possibilidade de comunicação deste, o médico deve atender às diretivas antecipadas de vontade que não contrariarem os preceitos do Código de Ética Médica.

Nesse mote, a resolução supra contribuiu significativamente para o debate dado que com tem força de lei dentre os médicos ao ser proveniente de órgão de classe. Outro aspecto está relacionado a crescente procura pelo registro de diretivas antecipadas por cidadãos interessados em resguardar das decisões de familiares ou terceiros seus momentos derradeiros. (DADALTO, TUPINAMBÁS e GRECO, 2013).

Para elucidar o referido a pesquisa demonstra o caso do idoso João Carlos Ferreira, idoso e usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã, em Porto Alegre. O Ministério Público ingressou com pedido de alvará judicial no ano de 2013, com o intuito de suprir a vontade do idoso, verificado que o pé esquerdo de João estava necrosando em virtude de uma lesão sofrida em 2011, de modo a ser perceptível o "emagrecimento progressivo e anemia acentuada resultante do direcionamento da corrente sanguínea para a lesão tumoral, motivo pelo qual necessita amputar o membro inferior, sob pena de morte por infecção generalizada". (BRASIL, 2018).

Entretanto, conforme laudos médicos, o idoso não apresentava sinais de demência, de modo que em primeira instância o pedido foi indeferido a partir do argumento de que o paciente à época era pessoa capaz podendo escolher os rumos de sua vida sabendo das consequências de seu agir. O juízo ainda reiterou que não cabe "ao Estado tal interferência, ainda que porventura possa vir a ocorrer o resultado morte."(BRASIL, 2018).

Com tais resultados, o Ministério Público apresentou apelação, enfatizando que o idoso corria risco de morte em virtude de infecção generalizada caso não fosse realizada a amputação, advogando não ter o paciente "condições psíquicas de recusar validamente o procedimento cirúrgico, porquanto apresenta um quadro depressivo, conforme os laudos médicos juntados aos autos". Nesse sentido, esboçou tese no sentido de prevalecimento do direito à vida, constitucionalmente indisponível e inviolável para o deferimento do pedido de amputação, ainda que contra a vontade do idoso.

O recurso foi desprovido por unanimidade. O desembargador relator, Irineu Mariani destacou ser a vida direito garantido constitucionalmente deve ser interpretado conjuntamente com a garantia de dignidade da pessoa humana, isto é, o Estado tutela a "vida com dignidade ou razoável qualidade". Nessa senda, restou elucidada a tese de que a Constituição Federal "institui o direito à vida e não o dever à vida", razão pela qual não seja adequado obrigar uma pessoa a submeter-se à amputação sem o devido consentimento. (BRASIL, 2018).

Outro aspecto, destacado no voto está relacionado à compreensão da vontade do idoso estar inserida no que é compreendido por ortotanásia, ou seja, nem abreviatura, tampouco o prolongamento do processo de morte. Nesse interim, refere-se à "morte no seu devido tempo, sem prolongar o sofrimento". Ao final, foi proferido acórdão no sentido do desprovimento do recurso de apelação tendo em vista que João Carlos Ferreira havia feito "seu testamento vital no sentido de não se submeter à amputação, com os riscos inerentes à recusa". (BRASIL, 2018).

O acórdão transitou em julgado e não existe informação disponível sobre vida ou morte do idoso, após o julgamento.

Por todo o exposto, percebe-se que o tribunal gaúcho proferiu acórdão de modo sensível e, ainda que não exista legislação sobre a matéria demonstra que ordenamento jurídico oferece coesão suficiente para o reconhecimento do testamento vital enquanto diretiva antecipada de vontade.

## CONCLUSÕES

As demandas deste século desafiam o direito, a doutrina, os intérpretes e, igualmente os julgadores. A evolução das liberdades e a abertura do sistema jurídico para as inovações sociais, assim como a questionável insuficiência de regramentos, inevitavelmente importam em um estranho sentimento de insegurança diante das diversas possibilidades de interpretação acerca dos fatos.

O caso João Carlos Ferreira, neste estudo foi elucidado com o intuito de demonstrar que o debate em torno da dignidade da pessoa humana é a tônica deste século. Se no passado assim como na tradição do direito, a vida constituiu-se em um bem indisponível, contemporaneamente as reflexões sobre a dimensão intrínseca da dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolha importam na relativização de tais concepções.

O precedente que reconheceu o direito de João Carlos Ferreira em não permitir a amputação de um pé necrosado reconheceu o direito à morte digna por meio da ortotanásia e, a observância dos cuidados paliativos quando verificada a impossibilidade de cura e a permissão de viver o tempo devido com dignidade. O acórdão proferido demonstra estima pelo reconhecimento do outro em seus anseios e denota o devido respeito à autonomia do paciente ao conhecer sobre os riscos e benefícios do procedimento a que pode ser submetido.

Nessa linha, verifica-se a projeção das lições de Hegel e Honneth, na decisão do julgador de primeiro grau e no acórdão de modo a investir o Tribunal em verdadeiro canal de demonstração da estima devida ao outro, nas condições em que se encontra. O idoso que decidiu, em sua lucidez viver o tempo devido, teve seu desejo submetido à análise do Tribunal obtendo ao final, o cumprimento de sua vontade o que pode ser vislumbrado como agir sensível para o reconhecimento do outro, ou ainda, acesso à justiça como tradicionalmente referido.

O desconhecimento acerca dos cuidados paliativos e do testamento vital constituem entraves à dignidade do paciente terminal. A inexistência de legislação específica acerca da temática não prejudica o reconhecimento de deliberações relativas a tratamentos em fase terminal de vida. Nesse aspecto, ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro oferece coesão no sentido reconhecer validade desde que a pessoa tenha capacidade plena e não seja um incapaz superveniente.

Diante de todo o exposto, percebe-se que cumpre ao Estado o importante papel de promover políticas públicas para o reconhecimento dos direitos do paciente, auxiliando a sua divulgação e assegurando na rede de atendimento de saúde os tratamentos paliativos que garantam a máxima qualidade de vida do paciente terminal.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* 5.ed. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Vulnerabilidade e cuidados. IN: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. (Orgs.) *Bioética, vulnerabilidade e saúde.* São Paulo: São Camilo, 2007, p.77. (Bio &Ética)

BAUMANN, Zygmunt. *Em busca da política.* Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica.* Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito:* ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.283-305.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Traduzido por Guy Reynaud. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n°1.805/2006.* Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acesso em 07.fev.2018

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n°1995/2012.* Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf Acesso em 07.fev.2018

DADALTO, Luciana. *Testamento vital.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unaí; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista de Bioética* (impressa). 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf Acesso em 22.fev.2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado.* v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONZÁLEZ-SERNA, José María Galán. Principios éticos em la práctica de los cuidados paliativos: por la humanización de la assistência... p. 193-205. IN: CUESTA, Antonio Ruiz de la (coord). *Etica de la vida y la salud:* su problemática biojurídica. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Fenomenologia do espírito. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007.

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

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade.* Traduzido por Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MABTUM, Matheus M.; OZAKI, Veridiana T. R.; PENNA, João Bosco. Eutanásia e as manifestações prévias da vontade do paciente. IN: MARCHETTO, Patrícia Borba; BERGEL, Salvador Dario; FALAVINHA, Diego H. S.; RAMPIN, Talita Tatiana Dias (orgs.). *Temas fundamentais de direito e bioética.* São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

MATTOS, Patrícia. *A sociologia política do reconhecimento:* as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: AnnaBlume, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Primer atlas mundial de las necesidades de cuidados paliativos no atendidas. Disponível em http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2014/palliative-care-20140128/es/. Acesso em 24.fev. 2018.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética:* fundamentos e ética biomédica. v.1. Traduzido por Orlando Soares Moreira. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2009.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS. *Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos.* Disponível em http://www.secpal.com/guiacp/index.php?acc=dos. Acesso em 04.fev.2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível n°Nº 70054988266* (N° CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000). Disponível em http:/www.tjrs.jus.br. Acesso em 20.jan. 2018.

ZANCANARO, Lourenço. Bioética, Direitos Humanos e Vulnerabilidade. IN: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. (Orgs.) *Bioética, vulnerabilidade e saúde.* São Paulo: São Camilo, 2007. (Bio &Ética)

RECEBIDO EM: 16/03/2018
APROVADO EM: 14/07/2018

# SEGURANÇAS POR LIBERDADES

## *SECURITIES IN EXCHANGE FOR LIBERTIES*

**Marcelo de Azevedo Granato**[1]

**RESUMO:** O texto analisa o engrandecimento das atribuições do Estado a partir da "segunda geração" de direitos humanos. Após, com base em dados relativos à percepção da população brasileira sobre o papel do Estado, argumenta que nossa estima pelas 'liberdades' raramente prefere ao nosso desejo de segurança social, e que, no Brasil, sequer é preciso pôr em causa a segurança social para deixarmos liberdades de lado.

**PALAVRAS-CHAVE**: Liberdade. Segurança social. Estado de bem-estar.

**ABSTRACT:** This paper examines the enlargement of the functions of State after the "second generation" of human rights. Then, based on information regarding the perception of the Brazilian population on the role of the State, it argues that our esteem for 'liberties' rarely overcome our desire for social security, and that, in Brazil, it is not even necessary to raise social security to dispense with liberties.

**KEYWORDS**: Liberty. Social security. Welfare state.

## INTRODUÇÃO

Na edição de 17.12.2017 do jornal *Folha de São Paulo*, uma reportagem intitulada "Consumismo amortece críticas na China" traz a visão de chineses sobre o governo de Xi Jinping. A reportagem confronta (i) as restrições à liberdade de expressão naquele país, materializadas na censura de imagens de menores bebendo, na proibição a sátiras de lideranças religiosas etc., com (ii) a segurança econômica de que goza parte da sua população, o que "amortece grande parte das queixas contra a onda ultraconservadora que vem fechando o cerco à liberdade de expressão".

Segundo alguns depoimentos, "Xi criou políticas para a vida normal, e as pessoas são gratas a ele"[2], "Liberdade é importante, mas segurança é mais importante do que qualquer suposta liberdade", "Mesmo que haja restrições significativas à internet, não vejo isso como barreira às nossas vidas. A política não é tão importante para nós"[3].

1 Mestre e doutor em direito pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em direito pela Università degli Studi di Torino (Itália). ma.granato@uol.com.br

2 Assim disse "uma jovem diplomata, que não quis revelar seu nome, enquanto tomava café num dos muitos Starbucks que se espalham por Pequim".

3 Declarações feitas por um (outro) jovem diplomata "que também preferiu não se identificar por receio de ser punido por seus superiores".

Na mesma reportagem, também se lê que Xi Jinping, além de alçar "o campo dos costumes ao primeiro plano", "trabalha para manter o alto padrão de vida para certas parcelas da população, evitando que a pujança da China murche e abale o poder de seu regime". Nas palavras de outra entrevistada[4], "É verdade que não podemos dizer o que pensamos e fazer o que quisermos por medo de ir para a cadeia. Mas não podemos lutar por todos".

Os depoimentos acima interessam não por retratarem bem ou mal a situação chinesa – trata-se de algumas poucas entrevistas[5] com fins jornalísticos -- , mas por reproduzirem uma visão sobre a liberdade política e as atribuições do poder político que reverbera, a seu modo, no Brasil.

Para mostrar isso, este texto partirá de um contexto mais amplo, o da consagração da liberdade no século XVIII; particularmente, de sua qualificação como um direito subjetivo (de "primeira geração", como dizemos hoje), e percorrerá muito brevemente parte do processo de universalização e positivação dos direitos humanos, concentrando-se nos direitos sociais e seus reflexos na (extensão da) atuação do Estado.

Após, focalizando o Brasil, o texto trará alguns indicadores da visão da população brasileira sobre o papel do Estado, ao argumento de que nosso apreço pelas liberdades normalmente cede perante nossa aspiração de segurança social, e que muitos no Brasil parecem estar dispostos a abrir mão de liberdades por menos do que segurança social, como indica não só o panorama político atual.

## 1 LIBERDADE É PROGRESSO

A concepção de uma história que se desenvolve linearmente, e não de maneira cíclica, abrindo espaço à noção de progresso na história, é uma concepção moderna (TERRA, 2004). Nela, o progresso se mede pela liberdade.

Um exemplo disso é a *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita* (*Ideia*, 1784), de Immanuel Kant[6]. Nesse ensaio, Kant apresenta uma perspectiva ordenada dos desordenados eventos históricos, pautada no desenvolvimento de nossas aptidões racionais, conforme as duas primeiras Proposições da *Ideia:*

> Todas as disposições naturais de uma criatura estão destinadas a um dia se desenvolver completamente e conforme a um fim
>
> No homem (única criatura racional sobre a Terra), aquelas disposições naturais que estão voltadas para o uso de sua razão devem desenvolver-se completamente apenas na espécie e não no indivíduo. (2004, p. 5).

4 Phoebe Huang, jovem executiva que trabalha numa agência de marketing em Pequim.

5 Feitas, ao que tudo indica, com pessoas bem sucedidas economicamente, o que não é a regra num país de renda média como a China.

6 "É a Kant, e não a Hegel, que remonta a oposição entre a *Historie*, disciplina do entendimento, e a *Weltgeschichte*, discurso sobre o sentido necessário da história". LEBRUN, Gérard. Uma escatologia para a moral". Tradução de Renato Janine Ribeiro. In: TERRA, Ricardo R. (Org.). **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 71.

O desenvolvimento dessas aptidões ao uso da razão, que teria o antagonismo social como motor[7], idealmente nos encaminharia, senão a um "todo moral"[8], isto é, à liberdade em seu sentido mais pleno (o ético[9]), a uma "sociedade na qual a liberdade sob leis exteriores encontra-se ligada [...] a um poder irresistível, ou seja, uma constituição civil perfeitamente justa"(KANT, 2004, p. 10).

Na filosofia da história de Kant, "a evolução histórico-espiritual da humanidade coincide com os progressos, com a compreensão cada vez mais clara e com a penetração cada vez mais profunda da ideia de liberdade" (CASSIRER, 2003, p. 269[10]). Essa ideia, para Kant, teve na Revolução Francesa seu marco.

Como ele escreve em O conflito das faculdades (1798), o entusiasmo "de todos os espectadores"[11] em relação a ela, vale dizer, em relação ao direito de um povo "de dar a si uma constituição civil"[12], teria demonstrado o caráter moral do gênero humano, "uma constituição e aptidão suas para ser causa do progresso para o melhor e (já que tal deve ser o ato de um ser dotado de liberdade) seu autor"[13].

A liberdade marca a Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 1789. Seu artigo 2º diz: "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão"[14]. A liberdade é o único desses quatro direitos que recebe uma definição – ou melhor, duas: uma explícita e outra implícita – na Declaração[15].

---

7 "O meio de que a natureza se serve para realizar o desenvolvimento de todas as suas disposições é o antagonismo delas na sociedade, na medida em que ele se torna ao fim a causa de uma ordem regulada por leis desta sociedade". TERRA, Ricardo R. (Org.), op. cit., p. 8.

8 "Dão-se então os primeiros verdadeiros passos que levarão da rudeza à cultura [...] aí desenvolvem-se aos poucos todos os talentos, forma-se o gosto e tem início, através de um progressivo iluminar-se, a fundação de um modo de pensar que pode transformar, com o tempo, as toscas disposições naturais para o discernimento moral em princípios práticos determinados e assim finalmente transformar um acordo extorquido patologicamente para uma sociedade em um todo moral". TERRA, Ricardo R. (Org.), op. cit., p. 8-9.

9 Registre-se, embora o assunto não esteja entre os focos deste texto, que Kant explicitamente relaciona liberdade e moralidade (em sentido estrito, *i.e.* ético, não jurídico). Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), a liberdade é pressuposto da moralidade. Após, na *Crítica da Razão Prática* (1788), Kant abandona o pressuposto da liberdade e busca afirmar liberdade e moralidade com base no "fato da razão", entendido (não sem controvérsia) como a consciência da autoridade da lei moral, do que derivaria o conceito de liberdade (sobre essa interpretação do fato da razão, ALLISON, HENRY E. **Kant's theory of freedom**. 5.ed., New York: Cambridge University Press, 2003. p. 230 e seguintes.

10 Registre-se que a filosofia da história de Kant é objeto de diferentes interpretações, cf. KLEINGELD, Pauline. **Fortschritt und Vernunft: zur Geschichtsphilosophie Kants**. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1995.

11 Isto é, daqueles que não tomavam parte nos acontecimentos da Revolução -- "que não se encontram enredados nesse jogo", nas palavras de Kant (SF, AA 07: 85. 24-26, tradução nossa). Esclareça-se que, em todas as citações feitas a O conflito das faculdades, nossas traduções são baseadas na edição da Academia (*Kants gesammelte Schriften: herausgegeben von der Deutschen Akademie der Wissenschaften*, anteriormente *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, 29 vols. Berlin, Walter de Gruyter, 1902– ), disposta eletronicamente pelo *Institut für Kommunicationsforschung und Phonetik* da Universidade de Bonn, organizada e disponibilizada no endereço eletrônico www.korpora.org/Kant/. Nas referências à edição da Academia, indicamos obra, volume, página e linha(s) onde se encontra o trecho citado.

12 SF, AA 07: 85. 30-32 (tradução nossa).

13 SF, AA 07: 84. 13-17 (tradução nossa).

14 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 26.2.2018.

15 Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. A herança da grande revolução. In:__. A era dos direitos. Tradução de

Enquanto seu artigo 4º estabelece que "A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo", seu artigo 5º diz que "Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene"[16]. A relevância desse conceito na Declaração emerge da própria discrepância das suas definições: a primeira, voltada aos indivíduos entre si; a segunda, ao poder do Estado.

E se, dos direitos enumerados no artigo 2º da Declaração, a liberdade é a única a ser definida, a propriedade é qualificada como "um direito inviolável e sagrado", do qual ninguém pode ser privado "a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização" (artigo 17[17]).

Nessas disposições, ecoa o jusnaturalismo moderno que influenciou a Declaração de 1789. Essa Declaração, que foi a expressão prática de uma 'revolução copernicana' no campo da relação política -- pois "se começa a olhar a sociedade civil, caracterizada pela relação entre governantes e governados, do ponto de vista dos governados, e não mais dos governantes" (BOBBIO, 2000, p. 423[18]) --, constitui documento cardinal da chamada "primeira geração" de direitos humanos.

Geração que, em sua orientação liberal, demarcava Estado e não-Estado, conferindo ao poder político a tarefa de 'deixar' funcionar, e não de 'fazer' funcionar, a sociedade (LEBRUN, 2004, p. 63).

Cabia a esse poder, portanto, uma função complementar, de garantia do livre jogo das liberdades então reconhecidas, e não de ingerência sobre as relações econômicas e sociais.

## 2. SEGURANÇA É PROGRESSO

Mas como manter esse 'poder negativo' diante de outra Revolução, a industrial, que trouxe novos sujeitos à arena social e política?

Em 1848, por exemplo, ocorria na França a primeira eleição com sufrágio masculino universal direto da história da Europa – sufrágio que, segundo Paulo Bonavides (2004, p. 188), "não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal", mas "das mais penosas conquistas revolucionárias, processada no âmago do conflito entre o trabalho e o capital". Também em 1848, a Constituição francesa já previa "a igualdade nas relações entre o patrão e o operário" (artigo 13)[19].

---

Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 103-119.

16 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 26.2.2018.

17 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 26.2.2018.

18 No mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. O primado dos direitos sobre os deveres. In: ____. **Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos**. BOVERO, Michelangelo (Org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 476-481. Também STRAUSS, Leo. **Natural Right and History**. The University of Chicago Press, 1971. p. 248.

19 Sobre o tema, PAZÉ, Valentina. **In nome del popolo. Il problema democratico**. Roma-Bari: Laterza, 2011. Capítulo 2.2. Chi ha paura del popolo? Il dibattito sull'allargamento del suffragio. Artigo 13 da Constituição francesa de 1848: "A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho [...] a igualdade nas relações

O concomitante estabelecimento de uma esfera pública, com sua "institucionalizada promessa de acesso a todos", possibilita aos economicamente mais fracos "contrapor-se, agora com meios políticos, a quem seja superior graças a posições de mercado"; possibilita que as camadas pobres procurem "conquistar uma influência que deveria compensar politicamente a igualdade de oportunidades que é violada no setor econômico" (HABERMAS, 2003, p. 173-174).

Como deter-se, nesse cenário, nos direitos de propriedade, de opinião etc.? Sustentar, na esteira do jusnaturalismo, que esses (e apenas esses) seriam direitos preexistentes/independentes do Estado, próprios de todo homem pelo simples fato de ser homem, já não convencia uma sociedade transformada social e politicamente. Como afirma Bobbio (2004, 71):

> Numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, era óbvio que o direito de propriedade fosse levado a direito fundamental; do mesmo modo, também foi algo óbvio que, na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entraram em cena os movimentos operários, o direito ao trabalho tivesse sido elevado a direito fundamental.

Daí, a emergência dos direitos humanos de "segunda geração" (direito ao trabalho, à saúde, à educação), entendidos como "direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade", que "têm como sujeito passivo o Estado porque [...] foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los" (LAFER, 1988, p. 127).

Enquanto os direitos de "primeira geração" miram a limitação do poder do Estado, os direitos de "segunda geração" dependem do engrandecimento desse poder, para que ele complete o longo caminho da enunciação à realização daqueles direitos[20].

Assim, pode-se até discutir se os direitos de "segunda geração" complementam, harmonizam-se[21] ou contrariam[22] os de "primeira", mas é certo que eles exigem a ampliação dos poderes do Estado:

---

entre o patrão e o operário [...] e o estabelecimento, pelo Estado [...] de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados" (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 166).

20 Isso não significa que os direitos de primeira geração sejam meras imunidades perante o Estado, que independem da intervenção dele para se efetivar. A respeito, HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, W. W. Norton & Company, 1999.

21 Michelangelo Bovero afirma (em sua discussão sobre as condições da democracia) que "algumas dimensões não políticas da igualdade, também elas reivindicadas como direitos fundamentais sobretudo pela tradição socialista, representam as precondições sociais das precondições liberais da democracia. [...] Que valor têm os direitos de liberdade sem um concreto *poder* de fazer aquilo que é *permitido* fazer? Para quem esses direitos têm valor, na ausência de recursos materiais que coloquem os indivíduos, todos os indivíduos, diante da possibilidade concreta de serem livres?". BOVERO, Michelangelo. A democracia e seus desafios à luz do pensamento de Norberto Bobbio. In: ___. **Para uma teoria neobobbiana da democracia**. Tradução de Marcelo de Azevedo Granato. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 40.

22 É a opinião de Bertrand de Jouvenel: "The new rights of men are given out as coming to complete those already proclaimed in the eighteenth century. But the least reflection is sufficient to show that in fact they contradict and abrogate them. The old ones, in decreeing liberty, made each man the sole master of his own actions; the state could not guarantee their consequences, which had to be borne by the individual alone. Whereas, on the other hand, if the state is to guarantee to a man what the consequences of his actions shall be, it must take control of his activities [...] The conclusion is, then, that the promises of today in fact close the cycle which was opened by the declarations of earlier days. The liberty then given is taken back in exchange for a security which is desired by all". DE JOUVENEL, Bertrand. **On power: the natural history of its growth**. Tradução de J.F. Huntington. Indianapolis: Liberty Fund, 1993. p. 389.

> Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do estado, frequentemente *prolongada no tempo*. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais [...] não podem ser simplesmente 'atribuídos' ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e da expectativas por eles legitimadas. (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

Os governados, agora também eleitores, passam a exigir do Estado mais do que a garantia da propriedade, da liberdade econômica, religiosa etc.; o Estado deve também integrar os indivíduos na sociedade, com iniciativas que viabilizem seu sustento e ascensão social.

Assim se encaminha sua transformação de agente 'da ordem', que paira sobre nós à distância, em agente 'do bem comum', que nos integra e direciona.

Isso se consolida na segunda metade do século XX, com a promulgação, em diferentes países, de Constituições que veiculam direitos de primeira ordem, "fundamentais", limitadores do conteúdo das decisões legislativas (é o que faz a atual Constituição brasileira, com suas cláusulas pétreas[23]).

Se, no século XIX, prevalecia "a conclusão de que os direitos fundamentais só possuem eficácia nos moldes das leis e não, inversamente, as leis nos moldes dos direitos fundamentais" (GRIMM, 2006, p. 256), na segunda metade do século XX, muitas Constituições passaram a veicular 'o que não pode' e 'o que deve' ser objeto de decisão política, respectivamente, os direitos de liberdade (com seu caráter negativo, de não lesão por parte do Estado) e os direitos sociais (com seu caráter positivo, de realização por parte do Estado).

Nas democracias constitucionais então erigidas, "Também a política e a legislação são submetidas àquele sistema de limites e vínculos que correspondem, enquanto garantias, aos direitos fundamentais constitucionalmente estipulados" (FERRAJOLI, 2013, p. 146).

A segurança almejada então deixa de ser apenas aquela a que se refere o artigo 2º da Declaração de 1789. Ali, a segurança é entendida nos termos dos seus artigos 7º a 9º, que tratam da liberdade pessoal[24].

---

23 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. [...].
BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.

24 **Art. 7º.** Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.
**Art. 8º.** A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada**.**
**Art. 9º.** Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela

Já a segurança que acompanha a emergência de direitos sociais é a segurança *social*. Leia-se o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

> Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.[25]

## 3. A PROGRESSÃO DO ESTADO

Essa nova gama de atribuições do Estado, como se sabe, tem uma dupla face: quanto mais atribuições lhe forem transferidas, mais regras (e sanções) ele poderá impor à sociedade; quanto mais amplo for o seu espectro de atuação, mais penetrante ele será.

Desenvolve-se um controle social de tipo diverso, apto a substituir o direito, mesmo que parcialmente, nessa função. Como afirma Bobbio (2007, p. 35), a ampliação dos meios de comunicação de massa enseja o desenvolvimento de um controle não de tipo coativo (como o direito), mas persuasivo, cuja eficácia é confiada não à força física, mas ao condicionamento psicológico.

Um controle que também se desenvolve na direção da prevenção em lugar da repressão, e que tem ao seu dispor os conhecimentos proporcionados pelas ciências sobre o comportamento humano e suas condicionantes. Assim, um controle social reativo cede espaço a um controle antecipado (BOBBIO, 2007, p. 36).

Um exemplo simples do que está acima são as medidas adotadas para combater a violência em estádios de futebol no Brasil, que preveem a proibição de bebida alcoólica dentro do estádio e a perda de mando de campo pelo clube no caso de atos contrários à ordem antes, durante e depois das partidas.

O alargamento das atribuições do Estado também se refletiu no aumento, no sistema jurídico, das normas de organização frente às normas de conduta.

Enquanto essas últimas geralmente se voltam aos cidadãos, coordenando suas ações individuais "para obter o máximo de *independência* dos indivíduos que convivem entre si" (BOBBIO, 2007, p. 121), as normas de organização preveem a convergência de ações sociais em vista de um fim coletivo. Naturalmente, o aumento dos fins coletivos promovidos pelo Estado (com mais convergência que coordenação, mais ações sociais que individuais, mais cooperação que independência) gerou o aumento dessas normas de organização.

Registre-se também o decréscimo da tradicional função repressiva do sistema normativo, por meio da qual ele visa impedir que se verifiquem comportamentos indesejados, em prol de sua função promocional, pela qual ele visa provocar comportamentos desejados (BOBBIO, 2007, p. 136). Vêm daí as chamadas sanções positivas, "que dão

lei. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 26.2.2018.

25 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 26.2.2018.

vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos" (BOBBIO, 2007, p. 24[26]).

Novamente, há exemplos brasileiros dessa técnica de estímulo a comportamentos desejados: da Lei da Informática à Lei de Incentivo à Cultura, da delação premiada à "Nota Fiscal Paulista" (programa do governo do Estado de São Paulo que destina um percentual do ICMS pago pelo contribuinte ao cidadão que requerer a nota fiscal correspondente à operação).

Assim, de forma rude ou sutil, eficaz ou deficiente (o que não só o tamanho do Estado explica, diga-se), o Estado penetra na vida social, disciplinando os mais variados comportamentos (logo, restringindo nossos espaços de ação) em benefício da indústria, do Fisco, do desenvolvimento regional, do meio ambiente, da proteção ao trabalho, dos consumidores, dos idosos, da incolumidade das crianças no ambiente familiar, da segurança nas estradas etc.[27]

## 4. LIBERDADES X SEGURANÇAS

Mas essa onipresença do Estado é vista como um problema por nós, brasileiros?

Nós a encaramos como um efeito inevitável e suportável da democracia (do fato de que, nela, pessoas, partidos, sindicatos etc. podem reclamar direitos perante o Estado, donde a ampliação de suas tarefas e poderes) ou essa troca de poderes por prestações é uma via de mão única (muitos poderes, poucas prestações) em que não apostamos mais?

Os elementos trazidos abaixo indicam que a maioria de nós ainda aceita essa onipresença do Estado, pois o anseio pelos bens que o seu poder pode(ria) suprir ainda é maior que (a desesperança e) o incômodo de ser controlado por ele (na forma de tributos, limites de velocidade, obrigação de contratação de pessoas portadoras de deficiência, proibições de demissão, construção etc.).

Em suma: a maioria de nós prefere 'seguranças' (a cargo do Estado) a 'liberdades' (em relação a ele). É o que indica um olhar sobre algumas opiniões e ações mais ou menos recentes da população brasileira.

Por exemplo, não é só em tempos de eleição que emergem (na imprensa e em diferentes partes do país, senão em nível nacional) críticas e reivindicações em torno

26 "A noção de sanção positiva deduz-se, *a contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem. Em relação ao agente, diz-se, ainda que de modo um tanto forçado, que o castigo retribui, com uma dor, um prazer (o prazer do delito), enquanto o prêmio retribui, com um prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado). Digo que é um tanto forçado porque não é verdade que o delito sempre traz prazer a quem o pratica nem que a obra meritória seja sempre realizada com sacrifício". BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: ____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 24.

27 Dados os limites e propósitos deste texto, não se abordará a obra de Tocqueville (e de alguns outros autores de referência nos temas aqui tratados), com suas certeiras passagens sobre essa questão. De todo modo, registre-se serem instrutivas as citações dele feitas por Lebrun no seu **O que é poder** (LEBRUN, Gérard. **O que é poder**. Tradução de Renato Janine Ribeiro; Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 2004).

do aperfeiçoamento dos sistemas de saúde e educação, tidos como itens capitais do subdesenvolvimento brasileiro.

São amplos e conhecidos, também, os pleitos envolvendo transporte público e moradia[28], aos quais se acresce a retomada do debate público sobre a implementação de programas de renda básica universal[29] [30].

Já a liberdade econômica é pouco invocada (aparecendo, normalmente, no contexto da crítica à carga tributária brasileira), mesmo num país cujos governos selam reprováveis acordos com setores da iniciativa privada, que restringem a competição interna, e são burocráticos e protecionistas no comércio com outras nações.

Até a liberdade de expressão, manifesta nos últimos tempos, não passou incólume nos marcantes protestos de 2013 -- da crítica à violência da repressão policial passou-se, em parte, à crítica (i) à recorrência das manifestações, com seus efeitos no dia a dia da população, e (ii) aos quebra-quebras promovidos pelos "black blocks".

A consideração do panorama político atual também nos leva à proeminência das 'seguranças'. Pode-se citar tanto (i) a oposição da população à reforma da previdência[31] e à reforma trabalhista[32] (que favorece em vários pontos as 'liberdades') quanto (ii) a baixíssima popularidade de um presidente da república de orientação liberal na economia[33].

Outra ilustração da prevalência das 'seguranças' sobre as 'liberdades' está na pesquisa da Oxfam Brasil/Datafolha, publicada em dezembro de 2017, acerca das percepções sobre desigualdades no Brasil ("Nós e as desigualdades").

Suas conclusões apontam "o papel central do Estado no enfrentamento das desigualdades", "um amplo apoio (79%) à ideia de que os governos têm a obrigação de trabalhar para diminuir as diferenças entre ricos e pobres" (2017, p. 36), inclusive porque

28 Poder-se-ia cogitar também as manifestações de junho de 2013, mas, como observa Francisco Bosco, "Junho de 2013 foi um momento que permanece desafiando uma explicação geral e totalizante. Diferentemente de outras grandes mobilizações históricas das últimas décadas [...], nas jornadas de junho a pauta não era clara e unívoca. Os protestos surgiram com a agenda da revogação do aumento da passagem e o pleito do passe livre, mas logo passaram a incluir demandas variadas, difusas, e uma gama heterogênea e mesmo contraditória de sentidos". BOSCO, Francisco. **A vítima tem sempre razão? Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro**. São Paulo: Todavia, 2017. p. 59.

29 Vide, no Brasil (essa discussão, com suas variáveis, também vem ocorrendo em países da Europa), ROQUE, Tatiane. Por causa de robôs, ideia de renda básica universal ganha mais adeptos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 fev. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/por-causa-de-robos-ideia-de-renda-basica-universal-ganha-mais-adeptos.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2018.

30 A seguranca pública também integra esse rol, mas ela toca a liberdade de ir e vir, a incolumidade física, e não as 'segurancas sociais' de que se fala aqui.

31 23% são favoráveis segundo o Datafolha, 14% segundo o Ibope. A pesquisa do Datafolha é de abril de 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1880026-71-dos-brasileiros-sao-contra-reforma-da-previdencia-mostra-datafolha.shtml>. Acesso em: 12 fev. 2018. A do Ibope, de 2018, encomendada pelo Palácio do Planalto, indicou que 14% da população é favorável à reforma da Previdência, "enquanto 44% não querem as mudanças nas regras de aposentadoria e 39% ainda não têm opinião formada sobre o assunto". Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1954879-pesquisa-do-planalto-mostra-14-a-favor-da-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 12 fev. 2018.

32 A maioria entende que ela e a lei da terceirização "trarão mais benefícios para os empresários do que para os trabalhadores". A pesquisa é do Datafolha, de abril de 2017. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2017/05/02/bf25607285f8487e9f0f45bef538e742.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

33 Desde sua posse até o momento em que este texto é redigido (fevereiro de 2018).

"uma maioria de brasileiros não acredita no 'esforço pessoal' como saída única para a redução de desigualdades" (2017, p. 29)[34]. Prossegue o relatório (2017, p. 33):

> Dentre as soluções para as desigualdades oferecidas em nosso questionário e ponderadas pelos entrevistados, destacam-se a oferta de empregos (71%), investimentos públicos em educação (67%) e a reforma do sistema político (61%), seguidas por aumento no investimento público em saúde (55%), redistribuição da carga tributária (25%) e expansão da assistência social (16%).

## 5. CONCLUSÕES

Esse anseio por 'seguranças', sabe-se, não se restringe ao Brasil, nem surpreende: "à medida que o papel do econômico se torna mais invasor [...], a tarefa do Estado passa a ser cada vez menos proteger a liberdade de alguns, e cada vez mais garantir a segurança do maior número" (LEBRUN, 2004, p. 89-90).

O que parece distinguir o Brasil, inclusive dos depoimentos chineses objeto da reportagem que abre este texto, é que nem precisamos falar na sonhada segurança social para pormos liberdades de lado.

Basta pensar no candidato à Presidência auto-associado à ditadura militar que, hoje, ocupa o segundo posto nas intenções de voto[35], ou na ressonância de recentes manifestações e ações (i) favoráveis à intervenção do Estado na relação entre professor e aluno em sala de aula ("contra o abuso da liberdade de ensinar"[36]) e (ii) contrárias a(o financiamento público de) determinadas exposições artísticas (que promoveriam a pedofilia, zoofilia etc.)[37].

E o que é pior: manifestações e ações promovidas por sujeitos autointitulados "liberais"[38]. DE JOUVENEL deve ter razão: a liberdade é uma necessidade secundária[39].

---

34 Um contraponto parcial a essas conclusões está na pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, "Percepção e valores políticos nas periferias de São Paulo", que entrevistou ex-eleitores do PT na periferia de São Paulo. Segundo a pesquisa, publicada em março de 2017, "No imaginário da população não há luta de classes; o 'inimigo' é, em grande medida, o próprio Estado ineficaz e incompetente, abre-se espaço para o 'liberalismo popular' com demanda de menos Estado". Disponível em: <https://fpabramo.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Pesquisa-Periferia-FPA-040420172.pdf.>. Acesso em: 15 fev. 2018. p. 64.

35 Pesquisa de 29 e 30/1/2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/01/31/62d85b7b11e52c8fccbb96bcd5ca71b9.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

36 "**Que fazer para coibir esse abuso intolerável da liberdade de ensinar, que se desenvolve no segredo das salas de aula, e tem como vítimas indivíduos vulneráveis em processo de formação?** Nada mais simples: basta informar e educar os alunos sobre o direito que eles têm de não ser doutrinados por seus professores; basta informar e educar os professores sobre os limites éticos e jurídicos da sua liberdade de ensinar. É isso, e apenas isso, o que propõe o Escola sem Partido nos anteprojetos de lei que se veem abaixo". Disponível em: <https://www.programaescolasempartido.org/projeto>. Acesso em: 21 fev. 2018.

37 Casos do Museu de Arte Moderna em São Paulo, do "Queermuseu" em Porto Alegre.

38 Como o Movimento Brasil Livre.

39 "Liberty is in fact only a secondary need; the primary need is security". DE JOUVENEL, op. cit., p. 377.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOBBIO, Norberto. Da ideologia democrática aos universais processuais. In: ____. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos.* BOVERO, Michelangelo (Org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 416-428.

BOBBIO, Norberto. Direitos do homem e sociedade. In: *A era dos direitos.* Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. P. 71 (pp. 62-77).

BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: ____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.* Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 23-32.

BOBBIO, Norberto. Direito e ciências sociais. In: ____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.* Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 33-51.

BOBBIO, Norberto. Do uso das grandes docotomias na teoria do direito. In: ____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.* Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 115-137.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASSIRER, Ernst. *Kant, vida y doctrina.* Trad. de Wenceslao Roces. 6ª ed., México: FCE, 2003.

DE JOUVENEL, Bertrand. *On power: the natural history of its growth.* Tradução de J.F. Huntington. Indianapolis: Liberty Fund, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Il potere giudiziario nel sistema delle garanzie. In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Orgs.). *Diritti e poteri.* Torino: Edizioni Gruppo Abele, 2013. p. 146-166.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política.* Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KANT, Immanuel. Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita. In: TERRA, Ricardo R. (Org.). *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 1-22. As traduções das citações de Kant foram comparadas pelo autor com a já citada (no rodapé) edição da Academia (*Kants gesammelte Schriften: herausgegeben von der Deutschen Akademie der Wissenschaften,* anteriormente *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, 29 vols. Berlin, Walter de Gruyter, 1902– ), disposta eletronicamente pelo *Institut für Kommunicationsforschung und Phonetik* da Universidade de Bonn, organizada e disponibilizada no endereço eletrônico www.korpora.org/Kant/.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. Tradução de Renato Janine Ribeiro; Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MARTÍ, De Silas. Consumismo amortece críticas na China. *Folha de São Paulo,* São Paulo, p. A 18, 17 dez. 2017.

OXFAM BRASIL; DATAFOLHA. Nós e as desigualdades. Percepções sobre desigualdades no Brasil. São Paulo, dez. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/nota_informativa_Oxfam_Datafolha_Nos_desigualdades.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

TERRA, Ricardo R. Algumas questões sobre a filosofia da história em Kant. In: TERRA, Ricardo R. (Org.). *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.* 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 25-67.

RECEBIDO EM: 12/04/2018
APROVADO EM: 02/07/2018

# AS CRIPTOMOEDAS COMO MERCADORIA–EQUIVALENTE ESPECÍFICA: UMA BREVE LEITURA DO FENÔMENO A PARTIR DA OBRA "O CAPITAL" DE KARL MARX

## *THE CRIPTOCURRENCIES AS EQUIVALENT AND ESPECIFIC GOOD: A CONCISE READING ABOUT THE PHENOMENON BY KARL MARX'S THE CAPITAL*

**Mauricio Antonio Tamer**[1]

**RESUMO:** Propõe uma nova leitura do fenômeno das criptomoedas com base na teoria de Karl Marx a colocada em sua obra "O Capital", precisamente a partir das ideias relacionadas às duas funções do ouro, ao dinheiro e à circulação de mercadoria. Propõe, então, a possibilidade de ajuste conceitual das criptomoedas como mercadoria-equivalente específica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criptomoedas. Karl Marx. Mercadoria-equivalente específica.

**ABSTRACT:** Try to establish a concise reading about the phenomenon of the cryptocurrencies from Karl Marx's theory placed in his book "The Capital", precisely from the ideas related with the two functions of the gold, the money and the movement of goods. Proposes, therefore, the possibility of conceptual adjustment of cryptocurrencies as equivalent and specific good.

**KEYWORDS:** Cryptocurrencies. Karl Marx. Equivalent and specific good.

## INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem por escopo tentar fazer uma leitura do fenômeno das criptomoedas a partir dos conceitos expostos por Karl Marx, mais precisamente uma leitura a partir da teoria posta no Capítulo 3 do Livro I de sua obra "O Capital", onde são colocadas as ideias das funções do ouro e do dinheiro na circulação de mercadorias.

Para tanto, em um primeiro momento, o estudo ficará concentrado na compreensão do que são e como funcionam as criptomoedas, o que passa necessariamente pelo entendimento de como funciona o que é o *blockchain*, plataforma onde as criptomoedas se desenvolvem.

1 Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - MACKENZIE. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo - MACKENZIE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Professor em cursos de graduação e pós-graduação. Advogado. mauriciotamer@gmail.com

Na sequência, o estudo se dedicará ao entendimento da caracterização das criptomoedas como mercadoria-equivalente específica.

Isso é possível pela compreensão da teoria de Karl Marx onde esse reconhece uma dupla função do ouro. Uma primeira representada por sua própria expressão de valor, ou seja, o ouro como mercadoria em si considerada, e uma segunda função de representar os valores das mercadorias, como uma grandeza de referência que viabiliza a circulação.

Após, verificar-se-á que o fenômeno das criptomoedas se ajusta a essa teoria de Karl Marx como medida-equivalente específica porque assumem a qualidade de mercadorias em si consideradas, e porque assim o são, tem-se observado a aceitação dessas como meios de pagamento.

## 1 O ENTENDIMENTO PRELIMINAR DO QUE SÃO E COMO FUNCIONAM AS CRIPTOMOEDAS

A leitura do fenômeno das criptomoedas a partir dos conceitos colocados no capítulo 3 do livro I da obra "O Capital" de Karl Marx parece passar necessariamente de sua melhor compreensão técnica. Isso se justifica não só do ponto de vista acadêmico e lógico, mas principalmente pela peculiaridade do tema e pela certa escassez de textos jurídicos a respeito. Assim, nesse primeiro ponto do ensaio, a ideia é tentar passar a compreensão de como funcionam tecnicamente as criptomoedas.

Muito bem. Para tanto, é preciso compreender como premissa de raciocínio o que é o *blockchain*[2], mecanismo tecnológico ou ambiente onde elas se desenvolvem. Mas o que é essa ferramenta? Em tradução livre, o termo em inglês *blockchain* significa cadeia de blocos, ideia que representa grande parte de sua essência estrutural.

*Blockchain* pode ser compreendido como uma rede descentralizada de terminais eletrônicos, na grande maioria computadores, distribuídos ao redor do mundo e interligados pela internet. É assim uma rede *peer-to-peer*[3], em que cada usuário de forma voluntária disponibiliza seu dispositivo em prol dessa malha descentralizada de dispositivos. Cada dispositivo representa, portanto, a imagem de um nó ou um ponto de intersecção da rede.

Diferentemente do que pode ser chamada, para fins desse trabalho, de forma tradicional de armazenamento eletrônico de informações, onde tais dados são salvos e

2 *Blockchain* tem sido considerado a nova revolução tecnológica: "*One model of understanding the modern world is through computing paradigms, with a new paradigma arising on the order of one per decade. First, there were the mainframe and PC (personal computer) paradigms, and then the Internet revolutionized everything. Mobile and social networking was the most recent paradigm. The current emerging paradigma for this decade could be the connected world of computing relying on blockchain cryptography. [...] The economy that the blockchain enables is not merely the movement of money, however; it is the transfer of information and the effective allocation of resources that money has enabled in the humam – and corporate-scale economy.*" (SWAN, 2015, Preface XI).

3 A principal característica das redes *peer-to-peer* é a de que cada um dos dispositivos conectados nessa rede descentralizada é ao mesmo tempo um cliente ou receptor da informação como um servidor da rede. Cada dispositivo, portanto, exerce essa dupla função. Difere da rede mais comum em que há um servidor concentrando a emissão da informação e todos os demais dispositivos a ele conectados apenas funcionam como clientes ou receptores dessa informação ou mensagem eletrônica.

armazenados em dispositivos ou servidores centralizados (mesmo os serviços de *cloud* ou nuvem são assim[4]), todas as informações armazenadas ou transmitidas nessa rede (dados) não estão concentradas em um único dispositivo ou servidor, mas de forma compartilhada por todos e em todos dispositivos. E mais, cada um dos dispositivos ou nó dessa malha tem toda a cópia integral do *blockchain*.[5]

Exemplifica-se. Se você leitor, edita um arquivo de texto em seu computador, os dados a ele atrelados ficarão armazenados no próprio HD de sua máquina, em um lugar só. Ou, você pode transferi-lo ou copiá-lo para um *pen-drive*, ou ainda, salvá-lo em um e-mail ou em algum serviço de nuvem, como os fornecidos pelas empresas Apple, Google e Microsoft. Nesses casos, os dados continuam registrados e salvos de forma centralizada seja em um dispositivo ou nos servidores de tais provedores de aplicação.[6]

No *blockchain*, de forma diferente, o armazenamento das informações se dá de forma descentralizada, ou seja, o arquivo, a transcrição ou a transação realizada é registrada em toda a rede. Significa que o armazenamento se dá de forma pública e que cada terminal integrante dessa grande rede ou malha pode acessar imediatamente as informações armazenadas? Exatamente, cada dispositivo, como dito, tem uma cópia fidedigna e validada das informações de todo *blockchain*, funciona como uma grande livro-razão de registro eletrônico de informações.[7]

Além do armazenamento distribuído, o desenvolvimento ou a construção do *blockchain* se dá em blocos sequenciais ou em cadeia. Uma corrente de vários elos. É dessa característica estrutural que surge o nome da tecnologia e com base na qual, como se verá na sequência se desenvolvem as criptomoedas. E mais. Essa cadeia não é apenas uma questão de forma, mas também de formatação e segurança do conteúdo nela contido.

---

4 Na computação de nuvem ou *cloud computing* o armazenamento das informações não se dá no dispositivo do próprio usuário, mas nos servidores da empresa que presta o serviço, como Apple, Google e Microsoft. A ideia da *nuvem* é que essas informações são acessadas, mediante internet, de qualquer lugar. O usuário usa seu dispositivo, acessa à internet e recebe as informações armazenadas no servidor dos provedores. Ainda assim o armazenamento é concentrado.

5 *"The "Bitcoin core" software can be freely downloaded at https://bitcoin.org/ en/choose-your-wallet. The standard Bitcoin implementation includes a number of features. Typically, it creates a "wallet" file for the user that can store bitcoins (without giving a name or proof of identity); it creates an individual node for the user in the peer-to-peer Bitcoin network that can be used with a standard Internet connection; and it provides access to the "block chain" data structure that verifies all past Bitcoin activity* [...] *Indeed, each individual bitcoin can readily be traced back through all transactions in which it was used, and thus to the start of its circulation. All Bitcoin transactions are readable by everyone in records stored in a widely replicated data structure. In general, transactions are ordered recursively by having the input of a transaction (roughly, the source of funds) refer to the output of a previous transaction. (For example, the transaction might reveal that Bob pays Charlie using bitcoin he received from Alice.)"* (BÖHME, 2015, p. 215).

6 Provedor de aplicação é qualquer provedor ou empresa que disponibilize alguma funcionalidade ao usuário já conectado à internet. Como bem define Rony Vainzof "qualquer serviço de Internet, excetuando os provedores *backbones* e os provedores de conexão ou de acesso, seja pago, gratuito ou filantrópico, como redes sociais, portais de conteúdo, contas de e-mail, mensagens instantâneas e demais aplicativos, podem ser considerados como de aplicações de Internet" (VAINZOF, 2014, p. 189).

7 Como diz Melanie Swan: "*The blockchain is the public ledger of all Bitcoin transactions that ever been executed. It is constantly growing as miners add new blocks to it (every 10 minutes) to record the most recent transactions. The blocks ar added to the blockchain in a lienar, chronological order. Each ful node (i.e. every computer connected to the Bitcoin network using a cliente that performs the task of validating na relaying transactions) has a copy of the blockchain, which is downloadesd automatically when the miner joins the Bitcoin network.*" (Idem, Preface X).

Explica-se. O segundo bloco contém a informação do primeiro e do segundo bloco. O terceiro bloco contém a informação do terceiro, mas também do primeiro e do segundo blocos. O quarto bloco, por sua vez, contém sua própria informação e a dos outros três anteriores, e assim sucessivamente. Cada próximo bloco de informações é criado a partir e com base em todas as informações da cadeia de blocos anteriores e além disso confere validade a todas as informações anteriores.

Assim, ilustrativamente a compreensão do *blockchain* se dá a partir de duas imagens (i) uma primeira de perspectiva vertical ou sequencial de que há uma cadeia de blocos de informação em que cada bloco contém sua informação e de todos anteriores e (ii) uma segunda de perspectiva horizontal ou distributiva de que o *blockchain* está em uma malha descentralizada de dispositivos, em que cada dispositivo tem uma cópia fidedigna da cadeia de blocos.

Significa dizer que para apagar ou alterar uma informação presente em algum dos blocos é necessário alterar todos os demais, mas não só. Como o armazenamento se dá em malha descentralizada e cada um dos dispositivos ou nós dessa malha contém uma cópia simultânea e fidedigna, qualquer alteração em qualquer um dos blocos precisa ser validada tecnicamente por todos os dispositivos da malha. Isso confere segurança ao sistema, pois é inefetivo um ataque em um só dos dispositivos, diferente da forma tradicional de armazenamento, e também afasta o risco de gasto-duplo da criptomoeda como será explicado na sequência. Para alguém vulnerabilizar o sistema, por exemplo, teria de ter a força técnica para *destruir* toda a rede descentralizada.

Além dessa segurança estrutural, por assim dizer, do sistema, o *blockchain* se utiliza de criptografia[8] forte e consistente baseada na combinação técnica de chaves privadas e públicas.[9] Basicamente, para o que basta para entendimento desse trabalho, cada dispositivo (usuário) pertencente ao *blockchain* recebe uma chave privada para adicionar e alterar informações na rede. Privada porque apenas o usuário possui essa chave. Inserida e validada na rede, para todos os demais usuários ela é tecnicamente convertida em uma chave pública à qual todos têm acesso e que confere a segurança de que aquele determinado usuário foi quem de fato tratou a informação na rede. A chave pública é, por assim dizer, a face externa e validada pelo *blockchain* da chave privada, confirmando-a. [10]

8 O termo criptografia surge da junção etimológica dos termos gregos *kryptós* (escondido) e *gráphein* (escrita) e significa o estudo de técnicas pelas quais a informação pode ser transformada de sua forma original para uma forma ilegível, de modo que apenas o emissor da mensagem e o receptor da mensagem que compreendem a técnica de transformação possam saber seu conteúdo. Na informática e principalmente no blockchain essas transformações são feitas pela técnica de chaves privadas e públicas, mediante altas performances computacionais.

9 Chaves particulares e públicas podem ser compreendidas como sequências de letras e números tecnicamente elaborados e combinados por meios informáticos de alta complexidade. As particulares são conferidas apenas ao usuário como uma espécie de senha pessoal. As públicas são geradas a partir da inserção da informação no blockchain pelo usuário. A chave pública, com a redundância explicativa, é a versão pública da chave privada.

10 "*A cryptographic hash function is similar to a regular hash function, but it should have some elements that make it useful in the cryptography context. One of them is the fact that whatever changes are made on the original data, even a very slight one, generates a very different*". (ALBUQUERQUE, 2015, p. 6).

Com toda essa estrutura descentralizada pública, de multiplicidade de cópias fidedignas e pela criptografia,[11] inserida uma informação no *blockchain* ela não pode ser mais alterada, o que assegura sua validade e a confiabilidade de todo sistema, salvo de alguém tivesse condições técnicas de vulnerabilizar toda rede ou se a internet não mais existir no globo, situações praticamente impossíveis.

Com essas características o *blockchain* é uma funcionalidade que pode ser utilizada para várias situações em que é preciso a preservação de algo em um ambiente digital, notadamente pelas vantagens econômicas e de segurança que o mecanismo apresenta. Assim, por exemplo, é possível pensarmos na preservação em *blockchain* de algum conteúdo disponível na internet (similarmente do que é feito por ata notarial – art. 384 do Código de Processo Civil), desenvolvimento de *smart contracts* (contratos inteligentes), auxiliando cartórios na preservação de seus registros, contribuindo com a maior eficiência nas ações governamentais,[12] viabilizando participação popular na iniciativa de projetos de lei,[13] para registro de reputação de empresas ou negociadores.[14] Enfim, existindo a necessidade de preservação segura, mais rápida e econômica de qualquer informação, o *blockchain* é um caminho viável.

E essa estrutura viabilizou a configuração e nascimento das chamadas criptomoedas, que recebem esse nome justamente pela criptografia sobre a qual elas estão baseadas, com maior destaque a principal delas conhecida como Bitcoin, mas muitas outras já existem com *blockchains* (redes) próprios e até com propósitos diferentes.[15]

---

11 "Cada blockchain, como o que usa Bitcoin, é *distribuído*: ele é executado em computadores fornecidos por voluntários ao redor do mundo; não há nenhuma base de dados central para hackear. O blockchain é *público*: qualquer pessoa pode vê-lo a qualquer momento, pois reside na rede e não dentro de uma única instituição encarregada de operações de auditoria e manutenção de registros. E é *criptografado*: ele usa criptografia pesada, envolvendo chaves públicas e privadas (semelhante ao sistema de duas chaves para acessar um caixa forte) para manter a segurança virtual.". (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 36-37).

12 Na Estônia, por exemplo, há a iniciativa de integrar os serviços prestados pelo Estado a seus cidadãos: "A Estônia está cortando as ineficiências administrativas e prestando serviços integrados aos seus habitantes e empresas por meio da criação de um cartão de identificação eletrônico para todos e usando um backbone de internet habilitado para o Blockchain conhecido como o "X-road", para se conectar através de vários programas e base de dados em ambos setores, público e privado. [...] Como a Estônia mostra, se nos resumimos os documentos oficiais (passaporte, certidão de nascimento, certidão de casamento, certidão de óbito, carteira de motorista, cartão de saúde, escritura de propriedades, carteira de eleitor, registro de empresas, de status de pagamentos de impostos, carteira de trabalho, histórico escolar etc.) que existem atualmente em vários bancos de dados em um único Blockchain, redes habilitadas no Blockchain poderiam entregar serviços integrados sem passar por qualquer processamento central. Esse modelo não só poderia proteger a privacidade, como poderia melhorá-la permitindo às pessoas verificar a exatidão de suas informações, e ver quem acessou ou adicionou tal informação (ou seja, uma auditoria de informações permanente)." (Idem, p. 247-248).

13 É possível, por exemplo, a reunião de assinaturas dos cidadãos, com as respectivas datas e dados pessoais identificadores validando o número de aderentes a determinado projeto de lei de iniciativa popular a fim de certificar o quórum constitucional necessário.

14 Seria possível pensar em novos modelos de negócio como a proposta feita por Dan Tapscott e Alex Tapscott: "Nós fizemos um brainstorm com o especialista em Blockchain Dino, Mark Angaritis, para desenhar um concorrente do Airbnb no Blockchain. Nos decidimos chamar nosso novo negócio de "bAirbnb". Ele se pareceria mais com uma cooperativa de propriedade dos próprios cooperados. Todas as receitas, excluindo despesas gerais, iriam para seus membros, que controlariam a plataforma e tomariam as decisões. bAirbnb é uma aplicação distribuída (DApp), um conjunto de contratos inteligentes que armazenam dados em registros internos do Blockchain. A aplicação bAirbnb possui uma interface elegante: proprietários podem enviar informações e imagens de sua propriedade. A plataforma mantém pontuações por reputação tanto de locadores quanto de locatários para melhoras as decisões de negócios de todos." (Idem, p. 154).

15 Além da Bitcoin, existem, por exemplo, a Ethereum, a Monero, a Dash, a Litecoin, Ripple, e muitas outras:

Inicialmente, é disponibilizada na rede descentralizada uma quantidade determinada de criptomoedas por um processo conhecido como *Initial Coin Offer – ICO* onde é oferecida aos investidores uma quantidade de unidades de uma nova moeda com promessa de valorização. Com esse aporte inicial, a rede pode se desenvolver e a nova criptomoedas se consolidar. Além disso, inicialmente, é estabelecida uma quantidade fixa e máxima de criptomoedas, gerando a escassez tecnológica que assegura sua valorização econômica, gera-se assim um lastro. Entender isso é importante para a compreensão dos itens seguintes. No caso da Bitcoin, por exemplo, foi prevista uma quantidade máxima de 21 milhões de bitcoins, montante que será alcançado com o tempo, de forma decrescente, isto é, a cada ano são criadas ou tecnicamente emitidas menos unidades.

Mas como são criadas essas unidades? Como dito acima, o *blockchain* se desenvolve de uma cadeia de blocos cuja informação do último e novo bloco é consolidada e validada a partir de todos os dados de todos os blocos ou elos anteriores. Assim, basicamente e dentro do que parece pertinente nesse espaço, a cada criação de novo elo, com a validação tecnológica das informações da cadeia vão surgindo as novas unidades de criptomoedas. Essa atividade de raciocínio informático que permite reconhecer as unidades de criptomoedas já existentes na rede e que permite a partir dessas a criação de novas unidades dentro do limite esperado e previamente programado no início da cadeia de blocos é conhecida como *mineração*. Também nesse processo são validadas as transações das unidades de criptomoedas já existentes, pelo processamento matemático profundamente complexo. Uma *mercadoria* em si considerada. Não há, portanto, uma autoridade central que controla a emissão, a transferência e validação das unidades (o que é uma das principais diferenças desse sistema para o sistema bancário tradicional).[16-17]

## 2 A CARACTERIZAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS COMO MERCADORIA–EQUIVALENTE ESPECÍFICA NA ÓTICA DE KARL MARX: EQUIPARAÇÃO TEÓRICA AO OURO.

Feitas as considerações técnicas que se reputava imprescindíveis para compreender o surgimento e o funcionamento das criptomoedas acredita-se ter criado uma base de raciocínio para se iniciar a leitura de tal fenômeno à luz dos conceitos colocados por Karl Marx no Capítulo 3, do Livro I, de sua obra "O Capital".

"Atualmente, há uma grande quantidade de Criptomoedas em circulação, cada uma delas com as suas próprias características. Dentre tais criptomoedas podemos citar a Litecoin, que conta com a vantagem de realizar transações com alta velocidade, a Dogecoin que possui grande popularidade e a Novacoin.". (SILVA, 2017, p. 4).

16 "O que significa dizermos que 'a rede' verifica as transações e as reconcilia com o registro público? E como exatamente são criados e introduzidos novos bitcoins na oferta monetária? Como vimos, porque o Bitcoin é uma rede *peer-to-peer*, não há uma autoridade central encarregada nem de criar unidades monetárias nem de verificar as transações. Essa rede depende dos usuários que proveem a força computacional para realizar os registros e as reconciliações das transações. Esses usuários são chamados de 'mineradores', porque são recompensados pelo seu trabalho na medida que milhares de computadores dispersos resolvem problemas matemáticos complexos que verificam as transações no *blockchain*." (ULRICH, 2014, p. 19).

17 Como coloca Luís Silva: "O Sistema Bitcoin, na condição de sistema não centralizado, impede que ingerências sobre a circulação de moeda sejam realizadas." (Idem, p. 7).

Para tanto, pretende-se desenvolver tal tarefa em dois momentos: (i) a compreensão da teoria de Karl Marx a respeito da troca de mercadorias e da função do ouro e do dinheiro como medida de valor e mercadoria-equivalente específica; e (ii) a tentativa de realizar o ajuste do fenômeno das criptomoedas à essa teoria.

## 2.1 A TEORIA DE KARL MARX

No Capítulo 3, do livro I, de sua mais conhecida obra "O Capital", Karl Marx trabalha as ideias de ouro como dinheiro e a circulação de mercadorias, explicando como as relações de troca se desenvolvem. Aliás, como reconhecido, a relação de trocas de mercadorias é uma das grandes premissas teóricas de seu pensamento.[18]

Para tanto, ele trabalha com as funções inerentes do ouro que resultaram na compreensão dessa mercadoria como medida universal de valores, assumindo, na sequência, padrões monetários de referência para a troca de mercadorias.

Muito bem. O ouro para Karl Marx assume duas funções no plano das relações de troca de mercadorias. Uma primeira representada por sua própria expressão de valor, ou seja, o ouro como mercadoria em si considerada, e uma segunda função de representar os valores das mercadorias, como uma grandeza de referência que viabiliza a circulação.[19] No item subsequente, se verá que as criptomoedas parecem ter assumido as mesmas funções.

Na primeira função, como mercadoria em si considerada, o ouro é nas palavras de Marx "a encarnação social do trabalho humano",[20] pois, cabe a breve explicação, na obra do autor, o valor da mercadoria está diretamente relacionado ao trabalho humano nela de despendido de alguma forma.

O ouro possui em si o valor como mercadoria e só por isso foi eleito historicamente como medida universal de troca de outras mercadorias. Se ninguém tivesse interesse no ouro enquanto bem si considerado em nenhum momento ele teria sido objeto de troca por qualquer mercadoria. A troca só existiu porque quem possuía a mercadoria A (qualquer mercadoria) desejava a mercadoria B (ouro) enquanto bem em si e não como meio de troca e, porque, o detentor da mercadoria B (ouro) tinha interesse na mercadoria A (qualquer mercadoria). Como diz, novamente, Marx "O ouro só pode servir como medida de valor porque ele próprio é produto do trabalho.". [21]

18 A própria concepção jurídica advinda do Marxismo se expressa com essa premissa: "É o marxismo, analisando a história de modo dialético, o responsável por revelar que modos de produção anteriores se valiam de aparatos de dominação mais diretos e brutos. [...] O capitalismo estrutura uma instância política específica, estatal, distinta dos próprios exploradores burgueses. A circulação mercantil constrói necessariamente um conjunto de instâncias de tipo jurídico, que serve de fundamento." (MASCARO, 2015, p. 61).

19 "A primeira função do ouro é de fornecer ao mundo das mercadorias o material de sua expressão de valor ou de representar os valores das mercadorias como grandezas de mesmo denominador, qualitativamente iguais e quantitativamente comparáveis. Desse modo, ele funciona como medida universal dos valores, sendo apenas por meio dessa função que o ouro, a mercadoria-equivalente específica, torna-se, inicialmente dinheiro." (MARX, 2017, p. 169).

20 Idem, p. 172.

21 Idem, p. 173.

Assim, o ouro passa a ser considerado dinheiro na medida que assume uma função de intermediação, por assim dizer, que viabiliza a circulação de mercadorias, assumindo a condição de medida universal de valor.

Explica-se. O detentor ou produtor da mercadoria C, que tem em si o valor de trabalho que lhe confere o valor de mercadoria em si considerada, pode não ter interesse na troca direta pela mercadoria D, e o inverso pode ser igualmente verdadeiro. Assim, nessas situações, ambos os detentores ficariam impossibilitados de promover a circulação das mercadorias, pelo desinteresse na troca direta. Ou um dos detentores recorre à violência para tomar a mercadoria do outro[22] – que não desejava a troca – ou ambos aceitam uma mercadoria que assume a função de medida universal de equivalência, ou seja, que sirva de ponte sobre esse rio de desajuste de interesses. O ouro, porque tem valor em si considerado para ambos, serve de medida universal de equivalência ou de ponte.

Na leitura de Marx, a circulação de mercadoria se dá na fórmula M-D-M. A mercadoria poderia ser trocada por outra mercadoria na relação M-M, no entanto considerando os percalços de interesses, como dito acima, é necessária a intermediação de uma medida universal de valor, no caso a mercadoria-dinheiro. Desse modo, a relação de troca se dá pela dita relação M-D-M ou mercadoria-dinheiro-mercadoria.

O dinheiro ou o ouro como dinheiro, portanto, assume a condição de manifestação externa do valor da mercadoria na relação de troca. A mercadoria A tem seu valor intrínseco, mas na relação de troca é preciso que ela assuma um valor extrínseco, ou seja externo. A quantidade de dinheiro paga, assim, é o reflexo do valor intrínseco da mercadoria A na relação de troca.[23]

Esse valor em ouro equivalente à mercadoria é o que Karl Marx define como preço. Ou seja, "O preço é a denominação monetária do trabalho objetivado na mercadoria. Por isso, a equivalência entre a mercadoria e a quantidade de dinheiro – cujo nome é seu

22 "As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força." (Idem, p. 159).

23 "Até o momento, não conhecemos nenhuma relação econômica dos homens senão aquela entre possuidores de mercadorias, uma relação em que cada um só apropria produto do trabalho alheio na medida em que se despoja [*entfremdet*] de seu próprio produto. Por conseguinte, um possuidor de mercadoria só pode atuar como possuidor de dinheiro perante outro possuidor de mercadoria na medida em que seu produto possui, por natureza, a forma-dinheiro – e, portanto, é material dinheiro [*Geldmaterial*] -, ou na medida em que sua própria mercadoria muda de pele, despojando-se de sua forma de uso original. Para funcionar como dinheiro, o ouro tem, naturalmente, de ingressar no mercado em algum ponto. Tal ponto se encontra em sua fonde de produção, onde ele é trocado como produto direto do trabalho por outro produto do trabalho de mesmo valor. Mas, a partir desse momento, ele passa a representar preços realizados de mercadorias. Excetuando o momento da troca de ouro por mercadoria, em sua fonte de produção o ouro é, nas mãos de todo possuidor que alienou sua mercadoria, a figura externalizada de sua mercadoria alienada, o produto da venda ou da primeira metamorfose das mercadorias M-D. [...] O ouro tornou-se dinheiro ideal ou medida de valor porque todas as mercadorias passaram a medir seus valores por ele, convertendo-o, assim, no oposto representado de sua figura de uso, isto é, em sua figura de valor. Ele se torna dinheiro real porque as mercadorias, por meio de sua alienação universal [*allseitige Veräusserung*], fazem dele sua figura de uso efetivamente exteriorizada ou transformada e, desse modo, sua figura de valor. Em sua figura de valor, a mercadoria se despoja de todo traço de seu valor de uso natural-espontâneo e do trabalho útil particular ao qual ela deve sua origem, a fim de se crisalidar na materialidade social e uniforme do trabalho humano indiferenciado. Não se percebe no dinheiro de que qualidade é a mercadoria que foi nele transformada. Em sua forma dinheiro, uma mercadoria tem a mesma aparência que a outra. Por isso, o dinheiro pode ser lixo, embora lixo não seja dinheiro." (Idem, p. 182-183).

preço – é uma tautologia, assim como a expressão relativa de valor de uma mercadoria é sempre a expressão da equivalência entre duas mercadorias.". [24]

## 2.2 AS CRIPTOMOEDAS COMO MERCADORIA-EQUIVALENTE ESPECÍFICA

No item precedente tentou-se, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, resumir a teoria de Karl Marx disposta no Capítulo 3 do Livro I de sua obra "O Capital". Feito isso, o ajuste do fenômeno das criptomoedas à referida teoria parece ter de passar por dois entendimentos: (i) se elas são ou não mercadorias em si consideradas e (ii) se assumem ou não a função de medidas universais de valor. Em outras palavras, é necessário saber se as criptomoedas podem assumir as duas funções pelas quais Marx identifica o ouro: a função de mercadoria em si considerada e a função de medida universal de valor.

Se ambas respostas forem positivas parece ser possível fazer uma equiparação teórica das criptomoedas com o ouro, o que, por conseguinte, viabilizaria a qualificação de tais bens como mercadoria-equivalente específica.

Quanto à primeira pergunta, é preciso identificar se as criptomoedas possuem um valor intrínseco, isto é, um valor como mercadoria em si considerada, pois somente dessa forma podem assumir – ultrapassando uma primeira premissa necessária – a condição de medida universal de valor na teoria de Marx, equiparando-se ao ouro nesse aspecto. A resposta parece ser afirmativa por três razões: o chamado procedimento de mineração; o fato das criptomoedas, independentemente de sua natureza, serem inegável objeto de investimento; e a existência de escassez criada de forma artificial e informática.

É por meio do procedimento de mineração que as criptomoedas são geradas. Como visto no item 1 desse trabalho, a cada criação de novo elo no blockchain, com a validação tecnológica das informações da cadeia vão surgindo as novas unidades de criptomoedas. É feito um raciocínio informático que permite reconhecer as unidades de criptomoedas já existentes na rede e que permite, a partir dessas, a criação de novas unidades dentro do limite esperado e previamente programado no início da cadeia de blocos. [25]

Não se trata, de um procedimento simples, mas de contas matemáticas extremamente complexas que dependem de esforços humanos, estruturais e principalmente de grande capacidade computacional e gasto de energia elétrica.[26] Para ilustrar, basta dizer que na Islândia, por exemplo, o gasto de energia na mineração de criptomoedas

24 Idem, p. 176.

25 Ver nota 15.

26 *"As miners update the block chain, their computational efforts carry significant costs. In particular, the computerized proof-of-work calculations are quite power-intensive, consuming more than 173 megawatts of electricity continuously. For perspective, that amount is approximately 20 percent of an average nuclear power plant (World Nuclear Association 2015), or approximately $178 million per year at average US residential electricity prices. These computational costs have grown sharply and may rise further because Bitcoin automatically adjusts puzzle difficulty so that the time interval between two blocks remains roughly tem minutes. As more computing power joins the Bitcoin system, the puzzles automatically become more difficult, increasing computing and electricity requirements. In fact, an arms race ensued as the price of bitcoin rose. Taylor (2013) compares the difficulty of solving the puzzle to the bitcoin-dollar exchange rate, finding that spikes in the exchange rate—bitcoins becoming more valuable in terms of US dollars—have been followed by increases in computational difficulty."* (BÖHME, Idem, p. 218.

já ultrapassou o consumo de energia doméstica.[27] O gasto de energia é tamanho que, inclusive, há grande preocupação com os prejuízos ambientais decorrentes de tal atividade. [28] Em contrapartida e como forma de incentivo para que os usuários resolvam esses quebra-cabeças matemáticos, esses são recompensados com unidades de criptomoedas recém-criadas. Fato é que, nesse cenário, parece impossível considerar que a atividade de produção de criptomoedas não apresenta valor em si agregado de modo que elas podem ser consideradas, em uma leitura contemporânea na conceituação de Marx, como mercadoria.

Em segundo lugar, tem-se nas criptomoedas verdadeiro objeto de investimento. Independentemente de qual for sua natureza jurídica, fato é que as criptomoedas tem sido alvo de direcionamento de grandes quantias financeiras por quem deseja o lucro a partir da valorização de tais bens. No Brasil, neste ano, *v.g.*, o número de investidores em Bitcoin atingiu mais que o dobro de investidores da bolsa no país e ainda superou o número de investidores em ativos nas letras de título do tesouro nacional (GOMES; LAPORTA, 2018)

Em terceiro, só parece ser possível ter valor aquilo que tem uma quantidade limitada, aquilo que é escasso. Do contrário, não é possível falar em algo criado mediante valor de trabalho humano agregado, pois, se existe de forma infinita por natureza, não faz sentido falar em criação mediante trabalho despendido, faltando o valor como mercadoria conforme definido na teoria de Marx. Em outras palavras, a escassez artificialmente criada permite que as criptomoedas sejam mercadorias em si consideradas pois dotadas de valor – mediante o estabelecimento inicial de uma quantidade máxima, de modo que nenhuma criptomoeda será criada no *blockchain* se não respeitar a quantia preestabelecida.

Ultrapassada essa primeira fase e observando que as criptomoedas podem ser consideradas sim como mercadorias, passa-se à segunda fase do raciocínio entender se assumem ou não a função de medidas universais de valor. A resposta também parece afirmativa.

Tem-se observado contemporaneamente a aceitação das criptomoedas como meios de pagamento, ou seja, tem-se operado com as criptomoedas aquela fórmula M-D-M identificada por Marx, o que aqui se identifica e se propõe como fórmula M-C-M, onde há a relação de troca de mercadorias da seguinte ordem: mercadoria-criptomoeda--mercadoria. Vamos aos exemplos.

27 *"The success of cryptocurrencies around the globe has had a more unexpected repercussion on the island of 340,000 people: As Iceland has become one of the world's prime locations for energy-hungry cryptocurrency servers — something analysts describe as a 21st-century gold-rush equivalent — the industry's electricity demands have skyrocketed, too. For the first time, they may now exceed Icelanders' own private energy consumption, and some energy producers fear that they won't be able to keep up with rising demand if Iceland continues to attract new companies bidding on the success of cryptocurrencies.*". (NOACK, 2018)

28 *"In November, the power consumed by the entire bitcoin network was estimated to be higher than that of the Republic of Ireland. Since then, its demands have only grown. It's now on pace to use just over 42TWh of electricity in a year, placing it ahead of New Zealand and Hungary and just behind Peru, according to estimates from Digiconomist. That's commensurate with CO2 emissions of 20 megatonnes – or roughly 1m transatlantic flights. That fact should be a grave notion to anyone who hopes for the cryptocurrency to grow further in stature and enter widespread usage. But even more alarming is that things could get much, much worse, helping to increase climate change in the process.*". (HERN, 2018).

Noticiou-se, recentemente, por exemplo, que empresas como Overstock, Expedia, Subway, PayPal, Shopify e Pizzaforcoins aceitam o pagamento de seus bens e serviços em criptomoedas.

Também, a empresa de alimentação KFC Canadá anunciou a aceitação de pagamento em Bitcoin para um de seus produtos (HIGGINS, 2018). A Microsoft aceita que os usuários comprem conteúdo para download na sua plataforma de games *Xbox* ou na *Windows Store* mediante o pagamento em *bitcoins* (VANIAN, 2018). Igualmente, a companhia aérea Surf Air passou a aceitar o pagamento em *bitcoins* e *ethereum*[29], da mesma forma o Grupo Reserva de vestuário[30]. Parece ser um caminho sem volta, o número de outros exemplos é significante.

Feitas essas considerações, parece ser possível concluir pelo ajuste das criptomoedas no conceito de Karl Marx como *mercadoria-equivalente específica*. Segundo o autor:

> A primeira função do ouro é de fornecer ao mundo das mercadorias o material de sua expressão de valor ou de representar os valores das mercadorias como grandezas de mesmo denominador, qualitativamente iguais e quantitativamente comparáveis. Desse modo, ele funciona como medida universal dos valores, sendo apenas por meio dessa função que o ouro, a mercadoria-equivalente específica, torna-se, inicialmente dinheiro. [31]

O ajuste se dá pois, assim como o ouro, as criptomoedas possuem valor enquanto mercadorias em si consideradas, o que na leitura de Marx é um atributo primordial para que possa servir de meio intermediário de trocas de mercadoria. Supera-se, portanto, essa premissa conceitual. Mas não só, como visto, as criptomoedas, justamente por terem valor em si, têm assumido essa função de meio intermediário de trocas, na fórmula mercadoria-criptomoeda-mercadoria em aparente identidade conceitual à fórmula proposta no Capítulo 3 do Livro I da obra "O Capital" mercadoria-dinheiro-mercadoria.

Em conclusão, as criptomoedas podem ser consideradas como medidas universais dos valores, como a mercadoria-equivalente específica.

## CONCLUSÃO

Concluindo o ensaio, parece possível, sem a pretensão de esgotar o tema, mas também sem medo de errar, que o fenômeno das criptomoedas pode sim ser lido a partir da obra "O Capital" de Karl Marx, principalmente a partir dos conceitos por ele desenvolvidos no Capítulo 3 do Livro I dessa obra, onde ele discute o ouro, o dinheiro e a circulação de mercadorias.

Ali, o autor identifica duas funções do ouro no plano das relações de troca de mercadorias: uma primeira representada por sua própria expressão de valor, ou seja,

29 CISION PR NEWSWIRE. Disponível em: https://www.prnewswire.com/news-releases/silicon-valley-air-travel-provider-surf-air-now-accepting-payment-via-bitcoin-and-ethereum-300563833.html. Acesso em: 15.04.2018.

30 DCI – DIÁRIO COMÉRCIO INDÚSTRIA E SERVIÇOS. Disponível em: https://www.dci.com.br/comercio/reserva-passa-a-aceitar-bitcoin-1.674931. Acesso em: 15.04.2018.

31 Idem, p. 169.

o ouro como mercadoria em si considerada, e uma segunda função de representar os valores das mercadorias, como uma grandeza de referência que viabiliza a circulação.

O ouro possui em si o valor como mercadoria e só por isso foi eleito historicamente como medida universal de troca de outras mercadorias. Se ninguém tivesse interesse no ouro enquanto bem si considerado em nenhum momento ele teria sido objeto de troca por qualquer mercadoria. Nesse passo, assume a condição de dinheiro e de manifestação externa do valor da mercadoria na relação de troca, na fórmula mercadoria-dinheiro-mercadoria (M-D-M). Viabiliza, portanto, a circulação de mercadorias.

Foi possível então traçar um paralelo entre essa leitura sobre o ouro como dinheiro feita por Marx e o fenômeno das criptomoedas na dinâmica que assumem na contemporaneidade. Isso porque as criptomoedas também agregam essa dupla função identificada pelo autor. São mercadorias em si consideradas, sobretudo considerando o procedimento de mineração, o fato de que são objeto de investimento e a existência de escassez criada de forma artificial e informática. E, por que assim o são, tem sido aceitas como meio de pagamento, podendo ser consideradas como mercadoria-equivalente específica, ficando a proposta pela configuração de uma fórmula mercadoria--criptomoeda-mercadoria (M-C-M).

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding Bitcoins: Facts and Questions. *Revista Brasileira de Economia*, v. 69, n. 1, p.3-16, 2015.

BÖHME, Rainer et al. Bitcoin: Economics, Technology, and Governance. *Journal Of Economic Perspectives*, v. 29, n. 2, p. 213-238, Maio.2015.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03.07.2018.

CISION PR NEWSWIRE. Disponível em: https://www.prnewswire.com/news-releases/silicon-valley-air-travel-provider-surf-air-now-accepting-payment-via-bitcoin-and-ethereum-300563833.html. Acesso em: 15.04.2018.

DCI – DIÁRIO COMÉRCIO INDÚSTRIA E SERVIÇOS. Disponível em: https://www.dci.com.br/comercio/reserva-passa-a-aceitar-bitcoin-1.674931. Acesso em: 15.04.2018.

GOMES, Helton Simões; LAPORTA, Taís. *Bitcoin já tem mais que o dobro de investidores da bolsa no Brasil*. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/educacao-financeira/noticia/bitcoin-ja-tem-mais-que-o-dobro-de-investidores-da-bolsa-no-brasil.ghtml. Acesso em: 20.01.2018.

HERN, Alex. *Bitcoin's energy usage is huge – we can't afford to ignore it. 2018*. Disponível em: https://www.theguardian.com/technology/2018/jan/17/bitcoin-electricity-usage-huge-climate-cryptocurrency. Acesso em: 17.01.2018.

HIGGINS, Stan. *KFC Canada Is Accepting Bitcoin for Fried Chicken.* 2018. Disponível em: https://www.coindesk.com/kfc-canada-is-accepting-bitcoin-for-fried-chicken/. Acesso em: 12.01.2018.

MARX, Karl. *O capital : crítica da economia política : livro I : o processo de produção do capital*; Tradução de Rubens Enderle, 2. Ed, São Paulo : Boitempo, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*, 5. Ed., São Paulo : Atlas, 2015.

NOACK, Rick. *Cryptocurrency mining in Iceland is using so much energy, the electricity may run out*. 2018. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2018/02/13/cryptocurrency-mining-in-iceland-is-using-so-much-energy-the-electricity-may-run-out/?utm_term=.edd7078053df. Acesso em: 13.02.2018.

SILVA, Luis Gustavo Doles. *A regulação do uso de criptomoedas no Brasil*. 2017. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

SWAN, Melanie. *Blockchain*. Sebastopol : O'Reilly Media, Inc., 2015.

TAPSCOTT, Don. TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution : como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*, São Paulo : SENAI-SP Editora, 2016.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*, São Paulo : Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VAINZOF, Rony. Responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerado por terceiros *In* DEL MASSO, Fabiano. ABRUSIO, Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio [coord.] *Marco Civil da Internet Lei 12.965/2014*, São Paulo : RT, 2014.

VANIAN, Jonathan. *Microsoft Welcomes Back Bitcoin*. Disponível em: http://fortune.com/2018/01/10/microsoft-bitcoin-temporary-halt/. Acesso em: 10.01.2018.

RECEBIDO EM: 15/04/2018
APROVADO EM: 02/07/2018

# A RECEPÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVENTIVA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

## *THE RECEPTION OF PROVISIONAL REMEDIES DIFFERENT FROM PRETRIAL DETENTION BY THE COURT OF APPEALS OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL*

**Brunna Laporte Cazabonnet**[1]

**RESUMO:** Este trabalho objetiva analisar a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O problema orientador de pesquisa se cinge ao como foram recepcionadas e empregadas essas medidas pelo referido Tribunal. Foram traçadas duas hipóteses: i) o uso inexpressivo desse novo braço do controle penal formal e ii) o emprego dessas medidas para além dos casos de necessidade cautelar. O trabalho foi dividido em três seções: a primeira justifica o interesse do pesquisador por julgados; a segunda apresenta dados quantitativos sistematizados em um banco de dados e a terceira examina as decisões em *habeas corpus*, que aplicaram as medidas cautelares, excetuando-se a prisão preventiva. A metodologia empregada foi a realização de pesquisa empírica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Medidas cautelares diversas da prisão. Pesquisa empírica. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the application of different alternative provisional measures from detention within the scope of the State of Rio Grande do Sul Court of Justice. The guiding problem of the research is about how these alternative measures were received and used by the aforementioned Court. Two hypotheses were drawn: i) the inexpressive use of this new segment of formal criminal judicial review and ii) the use of these measures in addition to cases of provisional need. The paper was divided into three sections: the first justifies the researcher's interest in the trials; the second presents systematized quantitative data in a database and the third one examines the decisions taken in habeas corpus actions, in which were applied provisional measures, with the exception of pretrial detention. The methodology used was the empirical research.

**KEYWORDS:** Different provisional measures from detention. Empirical research. State of Rio Grande do Sul Court of Justice.

1 Doutoranda em ciências criminais pela PUCRS, bolsista Capes; Mestra em ciências criminais pela PUCRS, bolsista ProBOLSAS; Especialista em ciências penais pela PUCRS. Professora de processo penal e direito penal pela URCAMP e UNIFIN. Advogada. brunnalaporte@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte de uma pesquisa realizada sobre a tutela cautelar no processo penal, após o advento da Lei nº 12.403/2011. A pesquisa cuidou de uma análise teórica, de cunho criminológico e processual, e de uma pesquisa empírica sobre a aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal. O segmento que aqui será exposto refere-se à pesquisa empírica e ao emprego, especificamente, das medidas cautelares diversas da prisão.

O problema que orientou o desenvolvimento desta etapa pode ser definido com a seguinte questão: de que forma foram recepcionadas e aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul? Duas hipóteses foram aventadas: a primeira diz com o uso inexpressivo dessas medidas, haja vista o histórico processual penal brasileiro, que contava apenas com a prisão cautelar ou a liberdade provisória; a segunda hipótese trata do uso das medidas desvinculado da necessidade cautelar.

Na primeira seção do trabalho se explica o porquê da análise de julgados, apontando a relevância de voltar os olhos para aquele/aquela que tem em suas mãos o poder de concretizar, em maior ou menor escala, as políticas criminais. Na segunda parte do trabalho são apresentados dados quantitativos, obtidos com a pesquisa empírica realizada no âmbito do TJRS, um ano e meio após a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011. Ademais, é explicitada a metodologia empregada para a formação do banco de dados, observando o número de julgados, quais julgados, o tempo da coleta, etc.

Por fim, na última parte da pesquisa, é apresentada uma síntese dos posicionamentos encontrados nas Câmaras Criminais do TJRS quando da aplicação de medidas cautelares diversas. Verifica-se se esse uso se aproxima de uma percepção defensivista periculosista ou de uma matriz de cariz processual acusatório, pautada na eficácia de um núcleo mínimo de garantias processuais penais individuais.

A metodologia empregada foi a realização de pesquisa empírica.

## 1 A ANÁLISE QUALITATIVA: POR QUE ANALISAR JULGADOS?

Antes de expor a análise qualitativa dos dados obtidos com o desenvolvimento deste trabalho, é necessário explicar as razões da escolha dos pedidos de *habeas corpus* julgados, pelo TJRS, como objeto de estudo. Objetivamente, existe um largo caminho entre a promulgação de leis pelo Poder Legislativo e a sua aplicação no âmbito do Judiciário. Neste ponto, ganha especial destaque a figura do Magistrado, pois ele pode dar continuidade a uma proposta lançada pelo outro Poder, dando-lhe operabilidade, ou lhe negar aplicação, por não se filiar à ideologia imbricada na nova lei.

As decisões judiciais refletem, sumariamente, as convicções do Juiz e, por isso, observar-se-á o papel que ele exerce na manutenção da tradição político-criminal. Assevera Carvalho que a democracia tem como pressupostos a igualdade, a liberdade, o entendimento de que existem lógicas diferentes e a busca por acordos, destacando que essa busca objetiva "a autonomia do indivíduo, no sentido de que seja terreno fértil para que ele (indivíduo) tenha condições (objetivas e subjetivas) de vivenciar a si mesmo e o mundo de forma ativa e assim possa construir sua história." (1999, p. 129).

Logo, para o referido autor, os magistrados teriam como foco a justiça dialogal, devendo estar:

> [...] dispostos à vontade política de fazer valer os valores constitucionais e supraconstitucionais, com invasão do imaginário, estabelecendo novas categorias destinadas à concreção da cidadania (as categorias mentais estabelecidas pelo conhecimento tradicional – positivismo legalista subsunçor – moldaram saber pouco criativo, mantenedor da razão do Estado, de onde emerge a legalidade (im) posta. (1999, p. 138).

É oportuno repisar a necessidade do abandono da visão do juiz como detentor de todas as formas de conhecimento, que julga a partir de uma posição neutra em busca da mítica verdade real, sendo sua decisão válida por si só. E para afastar essa suposta neutralidade, resgatam-se os debates que há muito asseveram a não divisão estanque entre razão e emoção, parcial e imparcial, objetivo e subjetivo. Recorda-se que o sistema penal, evidentemente, não é neutro, assim como tampouco o é o juiz.

Naturalmente, tende-se a aproximar o magistrado à imparcialidade. Contudo, sabe-se que ele não se despe de sua vida, história e concepções ao julgar. Portanto, não alcança a utópica neutralidade. O juiz é um ser dentro do mundo que reconhece um conjunto de múltiplas referências e se relaciona com elas (BARBOSA, 2017). "É o ser humano de um tempo e lugar, e tem história. É o homem concreto, material e existencialmente situado e ressituado na dinâmica das relações humanas e sociais." (ANDRADE, 2012, p. 55).

Da mesma sorte, não há que se falar na busca de uma verdade, uma vez que o indivíduo, ao passo que reconhece no outro um também indivíduo, tem que trabalhar com as diferenças e com as várias verdades que brotam dessa relação. O que, inexoravelmente, leva à coexistência de inúmeras vertentes, de diferentes razões, de modo que é impossível chegar à certeza na fluidez contemporânea, que dirá no processo, que trabalha com a assunção de riscos.

Nesse sentido, explica Pozzebon que a subjetividade não deve ser tida como negativa, "mas como algo presente de maneira inexorável no momento de decidir; não parte de uma visão dual cartesiana ou binária típica do pensamento moderno, ingênua sobre a bondade ou a maldade humana identificada com o pessimismo hobbesianista [...]." (2011, p. 235). Ou seja, os extremos são incapazes de interpretar as ações humanas.

Num espectro mais amplo, o ritmo social se intensifica, há uma profunda mudança na percepção da natureza espaço-tempo, passando o universo a se abrir frente às novas possibilidades, o estático dá lugar ao dinâmico, atrelado ao progresso e à promessa de felicidade em escalas cada vez maiores, intimamente ligada ao poder de consumo.

Está-se inserido no fluxo moderno, pautado na primazia do tempo em detrimento do espaço. Nesse sentido, Busato, ao avaliar o valor da verdade no processo e sua limitada reprodução probatória, articula que os fatos "são irrecuperáveis, por mais que seja perfeita a reprodução probatória. Isso porque, uma variável, pelo menos, é absolutamente irrepetível: o tempo." (2010, p. 105). O processo judicial é uma esquálida reconstrução dos fatos pretéritos.

Muita prepotência seria dizer que as concepções de mundo se modificaram, pondo por terra o absoluto, mas no direito se continua a buscar a verdade única dos fatos.

Os fatos passados são sempre construções de indivíduos parciais, é o somatório de recortes de versões e percepções. Trata-se do reconhecimento do pensamento complexo, que ganha especial relevância para as questões atribuídas à seara penal, que provém de uma sociedade extremamente complexa. Logo, não há que se falar na solução dessas questões sem a consciência da existência de vários fatores diversos que as permeiam, visualizando-se a impossibilidade de tratá-las por uma única via.

Hodiernamente, não basta essa visão linear que tanto se tenta forjar dentro da vida e, consequentemente, dentro do processo penal. Gauer ensina que se trata de um processo de fragmentações e deslocamentos infindáveis, que "eliminaram a visão das certezas, fazendo com que os deslocamentos do homem não possam mais ser garantidos pela lógica cartesiana que embasou o todo unificado pela razão moderna." (2006, p. 139). A totalidade é inapreensível, pois o indivíduo - como ser parcial que é - logra apreender uma parte, que não deixa de representar-lhe o todo, ou seja, a totalidade sempre vai ser encarnada por uma parcela e, com isso, a cena completa se redimensiona conforme o espectador (LACLAU, 2010).

E o intrigante, justamente, que desperta o interesse de analisar julgados, cinge-se ao fato de o julgamento ser ato criativo do Juiz (que analisa as frações do fato trazidas aos autos para construir uma terceira versão, todas fragmentadas, apreendidas em pedaços, a partir de um sujeito), o que também se entende que não poderia ser de modo diverso, pois apenas o indivíduo pode perceber o outro e, assim, julgá-lo.

"Verdade é algo completamente fora do alcance do direito que, por si, não é uma ciência, mas uma simples forma de argumentar, criação humana, produto de elocubração e, portanto, essencialmente falível." (BUSATO, 2010, p. 106). Essa verdade não se encontra no plano humano, uma vez que o Magistrado ao julgar:

> estará usando seus sentimentos, sua emoção, sua razão, sua pré-compreensão das coisas, seus valores, sua história, sua concepção de mundo e até seu inconsciente na decisão; sempre irá refletir algo seu. A subjetividade relegada às partes no processo também está presente no juiz. A atividade de valoração das provas e até mesmo a de subsunção implicam a escolha entre hipóteses e dispositivos de lei à disposição do juiz e o destino no qual o julgador quer chegar. Com consciência das suas limitações que são humanas, devem buscar em suas ações menos narcisismo e prepotência, no exercício de uma função que concentra muito poder. (POZZEBON, 2011, p. 238-239).

Todavia, em sentido contrário ao papel delineado (e esperado) acima, o que se constata nos Tribunais é a afirmação da cultura do punir verticalmente, na qual as soluções estão todas atribuídas ao mágico cárcere. Basta observar uma das pesquisas disponibilizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros que (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2006), ao estabelecer o perfil do Juiz brasileiro, verifica que ele se julga ator no combate à criminalidade, sem qualquer medo de ferir o devido processo legal, sair da imparcialidade que lhe cabe, romper com o contraditório e a ampla defesa.[2]

2 Não se desconhece a pesquisa realizada pela AMB, no final do ano de 2015, sobre o perfil da Magistratura. Contudo, ao tempo da escrita deste artigo, outubro de 2017, esta encontrava-se indisponível para consulta.

Tal postura, ainda que imbuída de boas intenções, faz questionar, contudo, para quem são boas? Está-se diante de um indivíduo que se vê como um justiceiro e "não pode, [...] abdicar de sua verdadeira cruzada. Ele foi escolhido para representar a paz social do mundo e seu poder converte-se em um verdadeiro fardo, que, com denodo, lhe incumbe carregar." (BUSATO, 2010, p. 114).

Lamentavelmente, "pouco resta a fazer em termos defensivos quando o juiz assume a postura do acusador. Pouco resta a fazer em termos defensivos quando o destinatário de uma proposta acusatória é precisamente aquele que a formula." (BUSATO, 2010, p. 115). Visto de forma mais holística, não é uma postura estranha quando se observa que a ideia institucionalizada de segurança pública passa pela violação de direitos fundamentais, independentemente do que isso possa significar às duras conquistas de uma vida em termos de interiorização de direitos humanos e do sistema jurídico-político como um todo.

Fazer valer princípios "entre os quais aleatoriamente se invoca o Juiz natural, motivação das decisões, contraditório, etc. – não significa compactuar com o caos propagandeado. Ao contrário, violá-los fecha a última porta de racionalidade que resta ao sistema." (HASSAN, 2002, p. 69). A proteção de um indivíduo é a proteção de todos, vez que não há sociedade sem indivíduos, ou indivíduos sem sociedade: o homem não deixa de ser homem, porque agiu frustrando as expectativas de um grupo mais amplo.

Desse modo, a ideologia político-criminal dominante da Magistratura encontra-se na via oposta do que vem sendo tratado pela doutrina, da existência de mais instâncias como forma de melhor solver conflitos. Vê-se com bastante nitidez a relação estabelecida entre problemas enfrentados pelo Estado na seara penal e as garantias individuais, como se o restabelecimento do primeiro passasse, necessariamente, pela ruptura do segundo.

> Como se as causas da falência estrutural do Estado no campo penal estivessem umbilicalmente ligadas ao conjunto de normas garantidoras dos direitos fundamentais que, com muito custo, são inseridas formalmente nos textos positivados e, com maior custo ainda, são assimiladas na prática.[...] Patrocinar oficialmente a quebra dessa base significa incorrer no retorno ao caos e na negação da própria convivência comum, consequência esta justamente alcançada pelo sistema repressivo ora criticado. Nesse sentido, seu emprego é mera ilusão. (HASSAN, 2002, p. 212-215).

O devido processo legal não pode, absurdamente, ser tido como infeliz entrave formal aos fins desejados por este ou aquele, pois "as formalidades do procedimento penal não são meras formalidades. Em seu núcleo são formas protetoras de interesse da totalidade dos intervenientes no processo penal e, antes de tudo, do imputado." (HASSAN, 2002, p. 139). Nesse sentido, Gloeckner aclara que a forma tem o papel político de "abandonar a noção de completude plasmada na reconstrução totalizante da verdade." (2013, p. 125).

Da mesma sorte, a ideia de segurança coletiva não pode passar pelo desrespeito de garantias fundamentais do indivíduo, pois, conforme dito, ele não está à margem da "boa sociedade" e sim faz parte dela, preservar os seus direitos significa fortalecer a própria sociedade que goza dos mesmos direitos. A segurança não pode passar pela violação de normas fundamentais.

Em igual medida, apesar do que creem alguns, manter o Juiz posição inerte no que tange à coleta de provas, à decretação de medidas, não é igualá-los a "samambaias decorativas" (BUSATO, 2010, p. 113), mas afastá-los da imagem do inquisidor, aquele que tudo pode em nome da pacificação social, relegando o sistema acusatório ao segundo plano e, fundamentalmente, destruindo o equilíbrio processual.

Com essa figura ativista se terá, de um lado, a sociedade carente de informações fidedignas, o acusador (Ministério Público) e o segundo acusador (Magistrado), todos contra o réu que, em alguns Estados e comarcas do país, sequer conta com a Defensoria Pública. Ressalta-se que:

> um processo que finalmente seja um processo de partes é a única fórmula que propõe um ideal de justiça em substituição a uma pretensão de verdade que a tudo justifica. Seu efetivo estabelecimento só será possível a partir de que as partes tenham plena consciência do que efetivamente são e que os juízes assumam sua condição de sujeitos equidistantes do processo. (BUSATO, 2010, p. 123).

Nessa senda, questiona-se: de que modo serão aplicadas as novas medidas cautelares pessoais? Uma vez que, inversamente à ideia de que alguns não serão presos preventivamente, muitos outros e inclusive esses, ao não sofrerem com uma prisão cautelar, poderão passar a ser controlados com alguma ou algumas outras medidas, daquelas elencadas no art. 319, do Código de processo penal. Observe-se que o panorama delineado pela AMB é extremamente favorável a suscitar dúvidas no modo da sua aplicação, ao mostrar a postura conservadora de grande parte dos Juízes brasileiros.

Faz-se necessário, constantemente, o destaque de que a restrição de liberdade do indivíduo, tal como foi, segue sendo exceção nos termos da Constituição Federal, quando garante a presunção de inocência aos investigados e processados. É a culpa que deve ser provada e não a inocência (FERRAJOLI, 2010). Não é porque agora se tem um leque de medidas alternativas ao encarceramento preventivo que essas justificam a sua aplicação apenas por existirem. É imperativo que, quando se esteja a tratar de medidas cautelares, se verifique não só o *fumus comissi delicti*, mas, fundamentalmente, a existência de *periculum libertatis,* pois se trata de restrição de direitos, ainda que parcial.[3]

Desse modo, o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, e agora o art. 315, do CPP, velam por uma fundamentação válida, consciente, e dada por um Magistrado atento à Carta Magna e a um processo penal constitucionalizado, respeitando o direito do indivíduo de saber o porquê lhe é constrita a sua liberdade. Compreendendo que o processo penal não é a busca desenfreada da mera comprovação de uma suposta verdade, mas um meio de defesa, de inestimável valor social, colocado nas mãos do acusado, que lhe dá voz. Deve-se abandonar, definitivamente, a ideia do silêncio "do herege", contra o qual a semiprova levava a uma semicondenação, numa espécie de cruzada (HASSAN, 2002), pois se está a falar de um instrumento:

3 O *fumus comissi delicti* é constituído pelos requisitos da medida cautelar, quais sejam: materialidade da infração penal e indícios de autoria. Já o *periculum libertatis* diz com os fundamentos autorizadores das medidas e são eles: conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica (LOPES JR., 2017). Por não ser objeto do trabalho, não será discutida a legitimidade dos fundamentos que extrapolam o âmbito da necessidade cautelar.

> tutelar de garantias constitucionais, assegurando não só o devido processo legal a legitimar a decisão jurisdicional, como limite à atuação punitiva estatal, mas, principalmente, num equilíbrio entre as partes, a conferir ao acusado a garantia de ser tratado como inocente até a formação definitiva do juízo de culpabilidade, o que equivale a afirmar que é inconstitucional a antecipação de qualquer juízo de valor quanto à culpa enquanto perdurar o processo penal. (BALDEZ KATO, 2005, p. 78).

E mais, o uso da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas não se justifica como forma de infligir algum castigo, com medo de que essa seja a única punição que advenha *a posteriori* frente a uma absolvição, por exemplo. "O simbolismo penal fica aí evidente, na medida em que o resultado final do processo interessa menos que a satisfação momentânea da prisão que, uma vez autorizada, tende a restaurar a legitimidade do Poder Judiciário." (HASSAN, 2002, p. 151).

Coutinho narra que os magistrados se encontram:

> enleados no emaranhado da narcose de narciso, como referiu McLuhan, ou seja, siderados e engolidos pela comunicação da qual sequer se dão conta de nela estarem, muitos juízes (mormente eles como órgão de poder; mas não só eles, por óbvio) tornam-se justiceiros. Para esses, as medidas cautelares e, em especial, a prisão processual, têm sido uma forma eficaz (embora inconstitucional) de uma antecipação de pena e, assim, sem muito – ou nenhum – pudor têm tratado de prender todos sempre que possível, pelo menos até que um órgão superior de competência casse a ordem. (2011, não paginado).

Salta aos olhos que o velho – no caso o inquisitivo CPP dos anos quarenta – passa a conviver com parciais mudanças, pós-constituição de 1988. Todavia, sem lograr estabelecer uma matriz paradigmática nova de cunho acusatório, apta a "interditar o olhar inquisitivo consolidado nas práticas punitivas do dia a dia" (PRADO; MELCHIOR, 2011, sem paginação), no qual, finalmente, se veja o processo como uma garantia do indivíduo diante do poder de punir do Estado e não como mero instrumento de verificação de uma verdade preconcebida. Hassan explica a complicada situação brasileira, pois:

> apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re)democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito – e na prática social, de forma geral – que assim conferem uma vivência apenas formal ao cânones culturais da normalidade. (2002, p. 132).

Nesse sentido, observam-se os ensinamentos de Coutinho (2011), quando explica que o problema não está na Lei nº 12.403/2011, mas na cultura "justiceira" do Judiciário, que implica em uma aplicação deturpada dos institutos e, principalmente, da prisão cautelar, a fim de promover algum sofrimento que se justifica em si mesmo.[4] Em sendo assim, entende que a forma de iniciar a modificação dessa mentalidade é mediante a instituição de um novo processo pautado no sistema acusatório.[5]

4 É imperativa a figura de um juiz independente, que tutele os direitos individuais, de modo que absolva, ainda que a opinião geral seja pela condenação, e que condene se existirem provas, apesar de uma maioria que queira o contrário (FERRAJOLI, 1999).

5 Explica Carvalho (2010) que o fundamental, para a caracterização do modelo processual penal, é a posição ocupada pelo juiz. Em um modelo acusatório, pautado pelo princípio do dispositivo, o juiz é um

Nesse mesmo sentido, Prado e Melchior destacam que "a promulgação de leis esparsas acarreta a perda de um referencial ideológico consistente, permitindo que a modificação legislativa escape da lógica sistêmica e enfraqueça a proteção das garantias." (2011, não paginado).

Deve-se ressaltar que não se desconsidera a participação de outros agentes na propagação da cultura inquisitória. Contudo, o foco deste trabalho é o aplicador das medidas cautelares, o agente que lhes dá efetividade e, consequentemente, teria o poder de não aderir à referida corrente inquisitorial diante do caso concreto. Uma vez que:

> se os atores da rede político-criminal incorporam o papel inquisitivo, instrumentalizarão formas punitivas de protagonizar a cena processual e potencializarão o populismo transposto em lei. Neste quadro, a figura do Juiz é central. Se o magistrado perceber sua atividade como fundamental para o combate ao crime, seu papel de garante imparcial dos direitos será substituído pela figura de agente de segurança pública. (CARVALHO, 2010, p. 233).

Trata-se de repisar o quão central é a postura adotada pelo Magistrado na sua atividade de julgar e o como isso reverberará na implementação de políticas. Em consonância com o entendimento aqui estruturado, buscar-se-á aproximar os argumentos utilizados nos votos a duas perspectivas: (i) a primeira é uma linha defensivista-periculosista, tão bem desenvolvida por Andrade; (ii) a segunda cuida de uma postura consciente da finalidade instrumental do processo penal, como limitador do poder de punir do Estado e da proteção de garantias individuais imbricadas no seu desenvolvimento.[6]

Todavia, apesar da predileção pelo Juiz que tenha em alta conta o espaço judicial como um espaço dialogal e de defesa do acusado, seria ingênuo pretender ingressar no íntimo do julgador e modificar suas crenças. Por isso, a restrição do trabalho àquilo que está no papel e vem como motivos e fundamentos da decisão. Esses sim são centrais para que se garanta o contraditório e a ampla defesa, pois o réu se defenderá daquilo que está posto. É seu direito saber por que lhe é tolhida a liberdade, em maior ou menor grau, da mesma sorte que é garantia do julgador e da sociedade poder exercer o controle externo da atividade judicial.

## 2 DA METODOLOGIA DA PESQUISA: A ELABORAÇÃO DO BANCO DE DADOS

Como modo de dar transparência à formação do banco de dados e às decisões adotadas para tanto, de forma sucinta, neste tópico do trabalho, será apresentado o caminho percorrido na elaboração da pesquisa empírica.[7]

---

sujeito passivo, que não se involucra com o exercício da ação penal e nem tampouco com a produção de provas. Há uma distribuição das funções de acusar, defender e julgar, entre órgãos distintos.

6 Em apertada síntese, tendo em vista que este trabalho é o recorte de uma pesquisa mais ampla, se explicam as perspectivas: a primeira condiz com o ideário de que a prisão defende a sociedade, ou seja, defende a maioria de uma minoria perigosa que deve ser neutralizada. Tal concepção é pautada nas funções declaradas da prisão, excluindo da análise as funções não-declaradas e efetivamente cumpridas (ANDRADE, 2012). A segunda converge com a compreensão do processo penal como instrumento maximizador de um núcleo de garantias processuais individuais, previstas na Carta constitucional, que são postas como mais um limite ao poder punitivo estatal. Dessa forma, a que deve ser justificada é prisão e não a liberdade, já que esta última é a regra num Estado que se quer democrático (LOPES JR., 2017).

7 Para delimitar os métodos de análise das decisões e a elaboração do embasamento teórico, foram

A coleta dos julgados compreendeu o período de julho de 2011 a janeiro de 2013, ou seja, um ano e meio após o advento da Lei nº 12.403/2011.[8] Esse levantamento jurisprudencial se cingiu aos julgados de *habeas corpus*, proferidos pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no lapso temporal citado.[9] A escolha pelo Tribunal se deve à representatividade dos *habeas corpus*, que advém das mais diversas comarcas daquele Estado, ao que se somou a facilidade de acesso ao material pesquisado mediante o sitio do próprio Tribunal (www.tjrs.jus.com.br).

Para atingir uma representatividade significativa de julgados das Câmaras Criminais, e de forma mais fidedigna possível apresentar os argumentos utilizados pelos Desembargadores, foram realizadas três coletas de decisões. Com as duas primeiras, alternando as expressões e signos utilizados como palavras-chave, se objetivou definir a abrangência de decisões conforme as Câmaras. Com esse exercício foi possível orientar a escolha da palavra-chave definitiva, de forma que esta atingisse um universo de julgados apto a representar o posicionamento do Tribunal quanto ao tema.

Dito isso, a palavra-chave utilizada foi "artigo 319", limitada a busca a ementas de *habeas corpus*, na seção criminal, entre o dia 1 de julho ao dia 31 de janeiro. Como resultado, atingiu-se 821 decisões.[10] Estas foram armazenadas em formato de documento (.doc), em pastas criadas conforme uma categorização simples: i) concedem medidas diversas ou liberdade e ii) não concedem medidas, aplicam prisão preventiva. Num segundo momento, para entabular os dados, foram agrupadas conforme a Câmara Criminal julgadora.

Seguindo orientações da assessoria estatística da Faculdade de Matemática da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, após consultoria do Professor Mestre Sérgio Kakuta Kato, no que tange às medidas cautelares diversas da prisão e à liberdade, optou-se pela análise censitária dos 181 julgados que as aplicaram. Com esses primeiros dados, criou-se a tabela abaixo:

| Câmaras Criminais | Número total de julgados | Aplicaram cautelares diversas ou liberdade |
|---|---|---|
| 1ª Câmara Criminal | 20 – 100% | 10 – 50% |
| 2ª Câmara Criminal | 457 – 100% | 06 – 1,31% |
| 3ª Câmara Criminal | 83 – 100% | 64 – 77,10% |
| 4ª Câmara Criminal | 07 – 100% | 04 – 57,14% |
| 5ª Câmara Criminal | 58 – 100% | 55 – 94,82% |

adotadas como orientações as disposições das obras de Gibbs (2009) e Carvalho (2013).

8 Esta pesquisa – embora se restrinja aos primeiros 18 meses de aplicação das medidas cautelares diversas - permanece atual, já que além de apontar o panorama inicial de aplicação dessas medidas (no âmbito do Rio Grande do Sul), apurou-se, examinando pesquisa mais recente, que permanece a resistência no seu emprego nos crimes que integram o núcleo da seletividade penal e que violariam, especialmente, a ordem pública. Lógica que ainda não foi quebrada, apesar das audiências de custódia. (LEMGRUBER, 2016).

9 No que tange à seara penal, o TJRS é dividido em quatro grupos criminais, conforme a resolução nº 01/98. (BRASIL, 1998).

10 Cinco *habeas corpus* julgados prejudicados pelos Desembargadores foram excluídos da pesquisa. Restando um universo de 816 julgados.

| Câmaras Criminais | Número total de julgados | Aplicaram cautelares diversas ou liberdade |
|---|---|---|
| 6ª Câmara Criminal | 15 – 100% | 13 – 88,66% |
| 7ª Câmara Criminal | 72 – 100% | 03 – 4,16% |
| 8ª Câmara Criminal | 104 – 100% | 26 – 25% |

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados coletados.

Dessa forma, a prisão foi a opção em 77,72% dos casos, já as medidas cautelares diversas estiveram presentes em 20,19% e a liberdade foi aplicada a apenas 1,95% dos julgados. Apesar de se observar o uso significativo de medidas cautelares diversas por algumas Câmaras, salta aos olhos o emprego pífio dado pela 2ª Câmara Criminal que, além de ser a Câmara que mais julgou *habeas corpus* no período, é responsável pelo julgamento dos crimes de tráfico de drogas – uma das principais condutas a integrar o núcleo da seletividade penal.

Se examinada a relação entre o crime presente na discussão do julgado e a aplicação das medidas, constata-se que 48% eram delitos contra o patrimônio, 32 % eram crimes de tráfico de drogas, 12 % eram crimes contra a pessoa, 5% eram crimes contra a dignidade sexual, 1% referiam-se a crimes contra a administração pública e 2% tratavam de outras infrações penais.

Dos 181 julgados, 116 cuidavam de crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. Ainda, 80 % dos julgados referiam-se a crimes contra o patrimônio ou de tráfico de drogas, que, pode-se dizer, representam o núcleo da seletividade e, consequentemente, o de prisionalização no Brasil.[11]

Em síntese, observando-se esses primeiros dados, percebe-se o uso das medidas naquele que seria o núcleo de crimes responsável pelos altos números de prisão no Brasil (ANDRADE, 2012), o que coincide em não estabelecer um viés paralelo de controle penal, acautelando-se situações para além dos casos que caberia prisão preventiva.

Todavia, o panorama não é tão auspicioso quando se analisa o quadro completo de dados, pois o tráfico de drogas, o roubo e o furto totalizaram 76,26% do universo de julgados. Se somados os outros crimes contra o patrimônio, se chega a um total de 80.97%. Do total de delitos abrangidos nos julgados, 59,33% foram crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Todavia, a aplicação de medidas diversas e liberdade se restringiu a apenas 22,14%.

O que permite concluir que a tendência encarcerada se sobrepõe aos índices da criminalidade violenta encontrados na pesquisa, de modo que se está a manejar com uma criminalidade construída como perigosa. A isso se soma o fato de a liberdade ter ficado reduzida a menos de 2% dos casos.

11 Impede destacar que os dados quantitativos apresentados são fruto de uma pesquisa empírica, de modo que são a base para reflexões e análises diversas sobre o uso da tutela cautelar no processo penal brasileiro, que ganha originalidade conforme o enfoque dado em cada trabalho que se desenvolve a partir deles. Neste artigo, o objeto em exame será a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Não serão analisadas as medidas cautelares pessoais, de forma geral, dando enfoque ao emprego da prisão preventiva e aos fundamentos para tanto, uma vez que isso já foi feito em outra oportunidade.

Examinando a pesquisa realizada por Bestetti (2010) que, nos anos de 2005 e 2006, analisou 308 julgados de *habeas corpus* no âmbito do TJRS, constatou-se que 13,3% das ordens foram concedidas. Observando-se os dados como tendências – já que cuidam de pesquisas diversas, com paramentos diferentes – encontrou-se um número sensivelmente menor em termos de liberdade após o advento das medidas cautelares diversas da prisão.

## 3 DO USO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSA DA PRISÃO

Neste tópico, tratar-se-á da concessão de medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319, do CPP, pelo TJRS, no período delimitado pela pesquisa. A apresentação seguirá em ordem crescente, conforme as sete Câmaras Criminais.

Na Primeira Câmara criminal, por ocasião da aplicação das medidas, percebeu-se uma convergência ideológica importante, no sentido da insuficiência apenas do *fumus commissi delicti*, bem como da imperiosidade de se explicar o risco concreto que representa a liberdade do réu, vinculado aos fundamentos do art. 312, do CPP. O *periculum* para a aplicação do art. 319, do CPP, consubstancia-se, para a Câmara, no perigo gerado pelo réu para a investigação criminal, instrução criminal ou segurança da coletividade.

Outro ponto significativo no tocante à adoção de medidas alternativas é o caráter de substituição da prisão preventiva. Em uma decisão, em vista do novo rol de medidas, o relator expõe os fatos concretos, e as particularidades do cometimento do delito, para escolher qual medida cautelar seria a mais adequada e assim utilizá-la no lugar da prisão preventiva que entendia cabível. Ainda, a Câmara é uníssona no sentido de que é permitida a liberdade provisória nos delitos de tráfico, não havendo prisão obrigatória por gravidade do delito e nem tampouco por previsão legal.

Entre os dez julgados, três deles (de mesma relatoria) destoam parcialmente em termos de discurso dos outros. O primeiro quando considera que a ordem pública se vê abalada pela tentativa de ingresso de drogas em estabelecimento prisional, uma vez que coloca a conduta como um dos maiores fatores a prejudicar a ressocialização dos presos. Ato contínuo, substitui a prisão pela proibição de comparecimento ao presídio. A decisão soa totalmente desconexa das condições atuais dos estabelecimentos prisionais, faz remissão romântica à lei de execução penal, que, sistematicamente, é desrespeitada nas suas disposições mais básicas.

Atualmente, dizer que a ressocialização dos presos se vê prejudicada pela conduta referida redunda em ignorar o que o sistema produz e remete-se ao plano das ideias, do "dever-ser", que não o é. É imperioso no âmbito das prisões e, principalmente, da prisão cautelar, que se considere aquilo que ela, de fato, produz e as condições que a permeiam, pois não se pode buscar alternativas em cima de um quadro idealizado de prisionalização. Fundamental no ponto é a lição de Zaffaroni, pois:

> na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídicos-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma "realidade" que não existe, e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de formas completamente diferentes. (2010, p. 12).

O segundo exemplo cuida de um *habeas corpus* por homicídio praticado, em tese, por indivíduo sem antecedentes, no qual o relator desenha todo seu voto no sentido de que estão ausentes os fundamentos do art. 312, do CPP, e, mesmo assim, determina a aplicação de três medidas cautelares alternativas.

Por derradeiro, o terceiro voto narra um caso de homicídio no qual o suposto acusado não é reconhecido pelas testemunhas, não há indícios de que possa estar constrangendo-as e apresenta cartão-ponto de que no horário do delito estava exercendo a sua atividade laboral. Contudo, mesmo sem a presença de necessidade cautelar, são-lhe aplicadas duas medidas, das quais uma cuida de proibição de manter contato com as testemunhas.

Entende-se que os últimos casos apresentados são exemplos de como as medidas cautelares diversas podem ser usadas indevidamente, de modo a alargar a seara penal, sem existência de qualquer indício de *periculum libertatis*.

A Segunda Câmara criminal aplicou medidas cautelares alternativas apenas a crimes que envolviam violência doméstica, sendo dois por lesões corporais, dois por ameaça e um por tentativa de homicídio. A única exceção foi um *habeas corpus* por tentativa de homicídio que, após a juntada de atestado médico que comprovava a necessidade de tratamento psiquiátrico, aplicou prisão domiciliar. Não obstante, frisou a excepcionalidade e a provisoriedade do caso da substituição. Resta evidente a inversão de valores, pois a Câmara vê na prisão a regra, enquanto a liberdade, mesmo que condicionada, é a exceção.

Soma-se ao quadro que, apesar dos cinco votos sobre violência doméstica não visualizarem possibilidade de abalo à ordem pública – fundamento legal, ainda que discutível – a Câmara aplica medidas a todos os casos. Em um deles, explica o julgador: "identifico haver *fumus commissi delicti,* consubstanciados nos indícios de autoria e materialidade, havidos no auto de prisão em flagrante, notadamente em face dos depoimentos prestados. Não obstante, tenho dúvidas em relação ao requisito do *periculum libertatis*." Ou seja, na Segunda Câmara criminal, a dúvida deu espaço à constrição cautelar, ainda que em menor grau, em casos que, provavelmente, não seriam suscetíveis da mesma.

A Terceira Câmara criminal foi categórica quanto à necessidade de fatos concretos para embasar o decreto prisional. Em dez *writs* a Câmara concedeu liberdade provisória. Exigiu a adequação da prisão cautelar às circunstâncias do fato e às condições do acusado, bem como da presença do *periculum libertatis*, nos termos do voto que se segue:

> A prisão cautelar deve ser adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e das condições pessoais do acusado, como também deve ser necessária, isto é, quando verificado *periculum libertatis*. Trata-se de um pressuposto para decretação da custódia cautelar, que significa que o acusado solto poderá eximir-se da aplicação da sanção penal, obstruir a investigação ou instrução do processo, ou, ainda, macular a manutenção da ordem pública ou econômica. (BRASIL, Habeas corpus nº 70045477379, 2011).

Além da homogeneidade do discurso presente no julgamento dos relatores, percebem-se importantes passos rumo àquilo que se espera sedimentar em âmbito cautelar. Veja-se o seguinte trecho que aborda a taxatividade do rol posto no art. 319, do CPP:

> Tem-se a hipótese de liberdade provisória sem fiança, mas com a submissão à medida cautelar diversa da prisão. Ocorre que a obrigação imposta – comparecimento a todos os atos do processo – não consta expressamente elencada no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, de modo que sua imposição vulnera o princípio da legalidade. (BRASIL, Habeas corpus nº 70051909760, 2012).

Em diversas oportunidades, ressalvou-se a imprescindível observância à possível pena que seria aplicada em caso de futura condenação, não admitindo a aplicação de medida mais gravosa em sede cautelar, em absoluto respeito ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da excepcionalidade, reitores no âmbito cautelar (presentes no art. 282, do CPP, que inaugura o título das medidas cautelares pessoais).

A opção por iniciar pelos *writs* em que foi concedida liberdade se deve à argumentação presente em grande parte dos acórdãos, os quais seguem o escalonamento disposto no art. 310, do CPP, que inicia determinando a observância da possibilidade de o indivíduo permanecer, durante a persecução, sem qualquer restrição. Se esse não for o caso, deverão ser observadas as medidas alternativas ao cárcere e se elas são suficientes para tutelar a situação que exige cautelaridade, e, apenas quando elas não o forem, se aplicará a prisão preventiva.

Nesse sentido, ainda, quando se aplicam as medidas do art. 319, do CPP, devem estar presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (entre os fundamentos encontrados nas decisões estão: a conveniência da instrução criminal, a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal). Ou seja, há a necessidade do fundamento para a aplicação de cautelar diversa, devendo ser adequada e suficiente ao caso, respeitando a dimensão da cautelaridade. Veja-se a seguinte passagem:

> São medidas alternativas ao encarceramento (prisão preventiva), mas que não perdem o caráter de cautelaridade e nem o de constrangimento ao suspeito, imputado ou acusado da prática de um delito. É indubitável restar parcialmente afetado, em certas medidas cautelares, o direito de liberdade. Contudo, essa limitação, nessa nova arquitetura cautelar, não ocorre com o recolhimento à prisão, com o encarceramento. (BRASIL, Habeas corpus nº 70048175095, 2012).

Ocorre que, em alguns votos, se expõe a ausência de *periculum libertatis* ou a ausência de fundamentos para a decretação da preventiva e, mesmo assim, são aplicadas medidas. Isso destoa, consideravelmente, tanto das decisões que aplicaram liberdade provisória – pois no caso as prisões encontravam respaldo em argumentos genéricos sem vínculos com os aspectos concretos do caso – quanto daquelas que colocaram a existência do *periculum* e a valoração da cautelaridade para a aplicação de uma medida que sempre restringirá, de algum modo, a liberdade ou outros direitos.

Ainda assim, levando em conta o conjunto de decisões, essa questão pode ser posicionada num campo de transição e adaptação à nova legislação e ao como justificar a sua aplicação, inclusive pelo conflito de algumas disposições presentes nos dispositivos da nova lei.

Ao final, não se pode deixar de fazer referência ao voto da Terceira Câmara criminal, de relatoria do Desembargador Giacomolli, que clarificou o conteúdo que se espera de um julgado, dando ênfase ao que são fundamentos e motivos. No andar da pesquisa, tendo por norte a leitura dos vários outros acórdãos, o referido *habeas corpus* denotou uma lucidez ímpar e expressou a indignação sentida frente ao "agir de sempre",

tomando contornos de esperança ao conceder liberdade provisória em crime de tráfico de drogas. Pelo excepcional teor do julgado, transcreve-se um recorte:

> Portanto, motivar não é sinônimo de fundamentar. A fundamentação pode ser só baseada em motivos de direito, por exemplo, ou só em motivos de fato, ou nos dois. É claro que a fundamentação da decisão terá como base fática e/ou de direito. Toda decisão judicial deverá ser motivada e fundamentada. Motivar é dizer quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão. Somente a motivação, sem uma fundamentação, uma explicação racional que possibilite o entendimento, que permita a sua compreensão, não satisfaz o artigo 93, IX, da Constituição Federal. As mesmas circunstâncias fáticas - motivos - podem embasar duas decisões diferentes, dependendo da compreensão e da justificação racional do juiz. Da mesma forma, a mesma matéria de direito - motivo - poderá levar a duas decisões diferentes. Por isso, a motivação orienta o raciocínio do magistrado, mas a fundamentação depende da exteriorização racional, da explicação racional. A racionalização do juiz Pedro poderá ser diferente da explicação do juiz João, embora utilizem os mesmos substratos de fato e de direito. É a fundamentação que permite à acusação e à defesa saber o porquê da conclusão num sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicitado) e o negativo (o porquê da conclusão diferente). (BRASIL, Habeas corpus nº 70051711448, 2012).

A Quarta Câmara criminal apresenta em alguns votos posicionamentos louváveis dentro da ótica cautelar. São afastadas presunções de perturbação da instrução e da gravidade da conduta como fundamento. Talvez pelo tipo de crime que julga, algumas medidas se colocam como precisas para acautelar as situações necessárias sem lançar mão da segregação cautelar. Como exemplo, um *habeas corpus* no qual o crime era peculato, após apresentação contundente do *fumus* e do *periculum* em face da preservação da instrução criminal, aplicam-se as medidas cautelares alternativas, uma vez que eficazes e suficientes à tutela das provas. Ainda, estabeleceu prazo máximo da medida de afastamento da função pública. Tal postura vem ao encontro da provisoriedade e da provisionalidade das medidas cautelares como um todo, pois se está a tratar de situações concretas que exigem cautelaridade, de modo que, passado o risco que justificou a constrição em maior ou menor grau, deverá ser restituída a liberdade plena. [12]

Na Quinta Câmara criminal observa-se uma grande prevalência das condições pessoais dos pacientes, considerando-se para tal a comprovação de residência fixa, atividade laboral e primariedade. Em dois casos nos quais foram aplicados fiança no juízo *a quo*, o que inviabilizou a liberdade do indivíduo por sua condição de pobreza, essa foi substituída por outra medida cautelar. A proporcionalidade da medida mais gravosa é colocada em pauta reiteradamente, ponderando-se a possibilidade de condenação e a cominação de pena privativa de liberdade, ou seja, a eventual condenação está sempre no horizonte como limitador.

O tipo do delito é levado em alta conta, ao ponto de dizer-se que se o crime é cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, em praticamente nenhuma ocasião o réu foi segregado, ainda que possuísse antecedentes criminais, o que é uma posição que dista em muito daquela adotada pela 2ª Câmara, por exemplo. Observe-se trecho que se

12 Conforme explica Lopes Jr. (2017), a provisionalidade diz com o emprego de medidas cautelares para tutelar situação fática concreta, na qual está presente a necessidade cautelar. A provisoriedade coincide com a limitação do prazo pelo qual pode durar uma cautelar.

repete nas decisões e sintetiza a postura da câmara: "A existência de outras incursões delitivas, conforme constou da decisão que decretou a constrição, não tem o condão de sacramentar a medida excepcional." (BRASIL, Habeas corpus nº 70047227228, 2012).

A possibilidade de reiteração é mensurada para a aplicação de cautelares alternativas e para a insuficiência da liberdade plena. Nas decisões, as medidas são trazidas em observância às particularidades do fato delitivo - se houve prisão em flagrante ou não, por exemplo - e às condições que permeiam a vida do réu, bem como à necessidade dessas para acautelar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou mesmo a aplicação da lei penal.

Outra questão, extremamente relevante, que se vê nos votos é o cuidado com delitos que se relacionam à dependência química do paciente. É uma postura louvável, pois reconhece o uso simbólico do Direito Penal, como válvula de escape frente à ausência de adoção de outras medidas para o tratamento da dependência química:[13]

> A drogadição do acusado não será resolvida com a sua segregação, não devendo o Direito Penal ser utilizado como refúgio. [...] "O que se verifica é que o paciente, possivelmente, está doente, necessitando de tratamento médico. Dessa forma, não é a prisão que irá resolver o problema de seus familiares, que se veem atormentados pela conduta do paciente." [...] "Em que pese a gravidade de sua conduta, acredita-se que merece ser oportunizado ao paciente eventual tratamento tendo em vista a dependência causada pelo uso de drogas, o que é mais adequado se realizado com apoio familiar, o que vai recomendado". [...] "sendo a paciente primária, com residência fixa, família constituída, sem antecedentes e portadora de diploma de curso superior, além de dependente química**". [...] "(**paciente usuário de *crack*) Sugere-se o encaminhamento do paciente ao sistema de Serviço Social disponível para seu encaminhamento a tratamento. (BRASIL, Habeas corpus nº 70047227228, 2012).

No universo de todas as decisões, logrou-se assinalar algumas que refletem a intolerância com pequenas incivilidades, ainda mais quando o bem é restituído. Nesse particular, casos de furto tentado de cinco desodorantes; furto qualificado de um aspirador de pó; furto tentado de um banco de praça; tentativa de furto qualificado de R$1,95; furto qualificado de gêneros alimentícios; furto qualificado de um tacógrafo de caminhão; furto qualificado tentado de 25 telhas de zinco. Desses sete *writs*, em apenas dois os pareceres ministeriais foram favoráveis à concessão da ordem. Didático colacionar trecho de um deles que foi transcrito no voto. Nessa Câmara, quando a opinião ministerial foi pela concessão da ordem, o parecer foi incorporado às razões para não segregar:

> Afinal, onde está a gravidade, se o paciente foi denunciado por ter praticado, em tese, mero delito de furto qualificado pelo concurso de agentes, onde teria tentado subtrair 25 telhas de zinco? Ora, despiciendo (re)afirmar que tal conduta não se reveste da gravidade necessária a justificar a prisão cautelar de um cidadão. (BRASIL, Habeas corpus nº 70049329097, 2012).

13 Vejam-se outros exemplos nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70047664990, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 04 de abr. de 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70048412720, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 09 de maio de 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70051635779, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 28 de nov. de 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70047000385, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 25 de jan. de 2012.

O giro realizado com relação à garantia da ordem pública em face da necessidade de se respeitar o prazo razoável na persecução penal, principalmente de réus presos, é particular da Câmara. Tal posição escora-se no entendimento de que o processo não é sinônimo de castigo e tampouco a prisão cautelar é uma antecipação da pena. O Estado deve zelar pelo indivíduo que processa.

De todas as Câmaras analisadas, essa se mostra mais atenta à condição do réu. Em tempos onde o óbvio deve ser dito, surpreende quando se vê que um pouco mais é olhado, para além do tipo penal e do preenchimento das limitações objetivas do art. 313, do CPP.

Na Sexta Câmara criminal, há um padrão nos votos que verifica o cabimento abstrato da prisão preventiva, recorrendo aos incisos do art. 313, do CPP. No quesito necessidade, atenta para a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. E, por fim, no ponto sobre a adequação, são aventadas as eventuais condições pessoais do paciente, bem como a possibilidade de substituição da preventiva por medidas alternativas.

Não obstante, essa clara e adequada forma de verificar a real necessidade do acautelamento, algumas expressões nos remetem às diretrizes de defesa social, tais como a repercussão social do fato que geraria a insegurança da comunidade local, ilações sobre a "periculosidade afrontosa à ordem pública" do agente, personalidade de risco ou voltada à prática criminosa, desvios de personalidade, etc.

Na Sétima Câmara criminal, em dois casos de estupro contra vulnerável, teve-se por necessária a proibição de contato com a vítima e, em ambos os casos, se determinou a proibição de ausentar-se da comarca. Já no último julgado, por crime de roubo, tendo em vista a inicial dificuldade de localizar o réu, mas observando sua posterior apresentação espontânea, aplicou-se o comparecimento periódico em cartório.

Na Oitava Câmara criminal, dez dos *writs* consideraram preenchidos os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, contudo, frente ao excesso de prazo constatado, revogaram a prisão e foram aplicadas medidas cautelares alternativas. Houve um caso no qual foi instaurado incidente de insanidade mental, de modo que se aplicou a medida do art. 319, IV, do CPP.

Por outro lado, em seis *habeas corpus* entendeu-se não ser caso de prisão cautelar, uma vez que as condutas delitivas não se enquadravam no art. 313, inc. I, do CPP, de modo que, atentando ao art. 321, do CPP, aplicaram-se cautelares alternativas. Ponto pertinente é que, apesar de tratarem claramente de prisões ilegais, aplicaram-se medidas na sequência, justamente sob essa justificativa e em face do delito ou da possibilidade de reiteração. Em um julgado, especificamente, foi construído argumento de modo a ressaltar a imperiosidade da leitura conjunta do art. 313 e art. 312, ambos do CPP. Segue o trecho:

> Em seu entender [juiz de primeiro grau], as limitações estipuladas no artigo 313 do CPP só devem ser observadas quando o decreto de prisão preventiva não decorrer da prisão em flagrante, mas tão-somente da existência dos requisitos autorizadores elencados no artigo 312 do CPP, portanto, seria desnecessário que o paciente se enquadrasse no rol do artigo 313 do CPP, inexistindo coação ilegal na sua prisão, pois decorrente da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com efeito, diante de uma interpretação meramente literal da novel legislação, o entendimento aplicado parece razoável, na medida em que o artigo 310, II, do CPP, determina que, para a conversão

> do flagrante em prisão preventiva o juiz deverá observar apenas os requisitos do artigo 312 do aludido código. Contudo, ao fazer uma interpretação sistemática da Lei nº 12.403/11, infere-se que a *mens legis* é completamente diversa, sempre no sentido de reduzir os casos de encarceramento preventivo, dando prioridade às medidas cautelares diversas da prisão. (BRASIL, Habeas corpus nº 70044740652, 2011).

Nota-se a clara coexistência da legislação nova e da cultura "antiga". Realizasse uma construção teórica totalmente descolada da Lei 12.403/2011 para dar sustentação à prisão, visivelmente ilegal, que estipula que o flagrante prende por si só.[14]

No mesmo sentido, seis decisões relataram a ausência de *periculum libertatis* por carência de fatos concretos que apontassem que a liberdade do réu geraria riscos ao processo. Já duas decisões frisaram a inexistência de indícios suficientes de autoria, ou seja, faltou *fumus comissi delicti*. Nos moldes do construído neste trabalho, não é aceitável que se tenham dúvidas sobre quem cometeu o delito ou mesmo não haja qualquer situação a ser acautelada e, mesmo assim, se lance mão de medidas alternativas.

Merece destaque ainda um caso paradigmático, porém comum: dois réus, mesmo fato, duas medidas. O reincidente fica preso e o "tecnicamente" primário tem sua prisão considerada ilegal por não preencher os requisitos do art. 313, I, do CPP. Veja-se:

> Acrescenta-se à decisão que a reiteração criminosa causa tormento à sociedade, ainda mais em se tratando de crimes que assolam as cidades, tais como a receptação, mesmo que cometidos sem violência real, fomentam a prática de vários outros delitos que, na maioria das vezes, são cometidos com violência ou grave ameaça. Isso, por si só, legitima a prisão provisória, diminuindo o sentimento de impunidade que se destaca no cenário nacional, dando maior credibilidade às Instituições e garantindo a ordem pública. Portanto, ainda que se trate de delito não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a reiteração delituosa do paciente em crimes patrimoniais dá suporte suficiente para o decreto de sua prisão preventiva, para evitar nova prática de crimes, garantindo, assim, a ordem pública e preservando a sociedade. (BRASIL, Habeas corpus nº 70049745060, 2012).

Percebem-se fundamentos que podem ser atribuídos a qualquer seara, mas não a cautelar. A famigerada credibilidade das instituições não é de tutela da prisão cautelar. Ainda, o crime em questão é receptação, ou seja, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa: há esperança de "recuperação" para o primeiro réu, pois ainda não carrega a pecha de reincidente. Todavia, para o segundo, apesar de estar sendo acusado pelo mesmo fato, não resta alternativa que não a prisão, visto que já tem sua personalidade voltada às práticas criminosas. A reincidência é fator determinante para os altos índices de presos, pois é como se o "mau" fosse comprovado por sentença (CARVALHO, 2013, p. 155.).

14 O flagrante é prisão que possui natureza precária, de modo que deverá passar pelo crivo do Magistrado, no prazo de até 24 horas. Dito isso, se a prisão for ilegal será relaxada, se não houver fundamento cautelar o sujeito ficará em liberdade provisória com ou sem fiança ou, se presentes os fundamentos e o pedido do órgão acusador, será aplicada medida cautelar. Atualmente, essa análise é feita em audiência de custódia, regulada pela resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Partindo das hipóteses traçadas em observância ao problema de pesquisa, pode-se sustentar que o uso, no primeiro ano e meio da Lei nº 12.403/2011, das medidas cautelares diversas da prisão, apesar de contraditório, não pode ser definido como inexpressivo. Veja-se que essa foi a opção em 20,19% dos julgados. Contudo, a liberdade ficou restrita a menos de 2,0 % dos casos.
2. Ademais, constatou-se o emprego de medidas cautelares diversas ainda quando os julgados expressamente relatavam a ausência de necessidade cautelar. Ou seja, está-se com isso a ampliar indevidamente o uso do controle penal formal, mediante a tutela cautelar, uma vez que sujeitos que não sofreriam qualquer restrição na sua liberdade passaram a sofrê-la.
3. Deve-se destacar que, assim como foi, segue sendo regra a liberdade individual e qualquer medida cautelar, independentemente do grau de restrição acarretado, tem de estar respaldada no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis*. Utilizar as medidas diversas da prisão para além das hipóteses de necessidade cautelar conduz a não alteração do panorama prisional atual. Cria-se uma via alternativa e não substitutiva da prisão, de forma que apenas se adensa o controle penal formal.
4. Outro dado de absoluta relevância diz com os crimes objeto do universo total de *habeas corpus*. O crime de tráfico de drogas, o de roubo e o de furto totalizaram 76,26% dos julgados. Se incluídos os demais crimes contra o patrimônio, se atinge um montante de 80.97%. Se se observa que daquele total 59,33% são crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e que em apenas 22,14% dos casos se utilizou uma medida diversa da prisão, salta aos olhos que a tendência encarcerada está para além da criminalidade violenta. Por tanto, a criminalidade que se diz atacar é construída como perigosa, prescindido da violência como elementar.
5. O que, em última análise, repisa o entrelaçamento do discurso presente na aplicação de medidas cautelares com aquele pautado num viés defensivista periculosista, que vê na prisão a grande panaceia contemporânea. É a medida articuladora central, pois apesar do discurso da excepcionalidade, ela foi a opção em mais de 77% dos casos.
6. Apesar de conhecida a possibilidade de relegitimação do sistema punitivo através destas medidas, sustenta-se que as cautelares diversas da prisão preventiva são um primeiro passo para iniciar com o constrangimento da centralidade do aprisionamento e modificar essa racionalidade. Nos termos do último informe sobre medidas para reduzir a prisão preventiva, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2017), compreende-se como estratégia fundamental o uso desses mecanismos como caminho para concretizar direitos fundamentais de grupos mais vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Pesquisa*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>. Acesso em 15/01/2017.

BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. *A (des) razão da prisão provisória.* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

BARBOSA. Márcio F. *A noção de ser no mundo em Heidegger e sua aplicação na psicopatologia*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931998000300002&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 01/10/2017.

BRASIL. Código de processo penal, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 01/10/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70044740652, da 8ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 28/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70049745060, da 8ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 08/08/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70049329097, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 04/07/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70047227228, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 29/02/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70047664990, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 04/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70048412720, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 09/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70051635779, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 28/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70047000385, da 5ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 25/01/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70051711448, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 22/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70048175095, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 19/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70051909760, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 13/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas corpus* nº 70045477379, da 3ª Câmara criminal, Porto Alegre, RS, 10/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Resolução nº 01/98. Disponível em:<http://www1.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/Resoluxo_198.doc.> Acesso em: 23/09/2017.

BUSATO, Paulo César. *De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório.* In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). O novo processo penal à luz da Constituição Federal (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento.* Rio de Janeiro: Luam, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. D*ireito penal a marteladas:* algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

GIBBS, Graham. *Análise de dados qualitativos.* Porto Alegre: Artmed, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal:* introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Editora jus podivm, 2013.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002.

LACLAU, Ernesto. *La razón populista.* 1 ed. Buenos aires: Fondo de cultura economica, 2010.

LEMGRUBER, *Julita Liberdade mais que tardia*: As audiências de custódia no Rio de Janeiro / Julita Lemgruber, Marcia Fernandes, Leonarda Musumeci, Maíza Benace, Caio Brando – Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Lei nº 12.403/2011: *mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro*. Boletim IBCCRIM. n. 223, p. 04, jun. 2011.

OEA. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas.* México, 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em 01/10/2017.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais. In: criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. 2. ed. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM. n. 223, p. 10-11, jun., 2011.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradutora Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

RECEBIDO EM: 03/05/2018
APROVADO EM: 03/07/2018

# O PROCESSO DE INSTALAÇÃO DO REGIME DE LOJA FRANCA EM CORUMBÁ/MS (UMA CIDADE EM ZONA DE FRONTEIRA): DILEMAS E POSSIBILIDADES

## *THE INSTALLING PROCESS OF THE DUTY-FREE SHOP REGIME IN CORUMBÁ-MS (A TOWN IN FRONTIER ZONE): DILEMMAS AND POSSIBILITIES*

**Roberto Mauro da Silva Fernandes**[1]

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é refletir sobre o processo de instalação do Regime Aduaneiro de loja franca no município de Corumbá/MS. Deste modo, no foco de nossa discussão está na Zona de Fronteira Brasil/Bolívia. Trata-se, sobretudo, de uma análise a respeito de como as instâncias de planejamento do Município de Corumbá/MS e alguns segmentos sociais estão se articulando politicamente no sentido de criar instrumentos regulatórios para o comércio (varejista) numa zona fronteiriça caracterizada por relações internacionais cotidianas. Para tal, fizemos uso de levantamento bibliográfico e realizamos trabalho de campo na cidade em referência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Zona de Fronteira. Lojas Francas. Brasil. Bolívia. Território.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to reflect about the installing process of the Customs Regime of duty-free shop in Corumbá-MS, Brazil. Thereby, the focus of our discussion is in the Frontier Zone Brazil/Bolivia. It is, above all, an analysis of how the planning instancies of the municipality of Corumbá/MS, and some social segments are articulating politically in the sense of creating regulatory instruments for trade (retailer) in a frontier zone characterized by daily international relations. In order to do so, we made use of literature review and fieldwork in the referred city.

**KEYWORDS:** Frontier Zone. Duty-free shops. Brazil. Bolivia. Territory.

1 Pós-Doutorando em Geografia pela Universidade Estadual do Centro-Oeste - UNICENTRO (Paraná), Doutor em Geografia pela Universidade Federal da Grande Dourados, mestre em Geografia pela Universidade Federal da Grande Dourados e graduado em História pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. roberto_mauro.78@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

De acordo com a Portaria nº 125, de 21 de março de 2014, do Ministério da Integração Nacional, cidades-gêmeas são aqueles municípios cortados pela linha de fronteira, seca ou fluvial, articulada ou não por obra de infraestrutura, conurbada ou semi-conurbada, com localidade de país vizinho que apresentem grande potencial de integração econômica, cultural e manifestações "condensadas" dos problemas característicos da fronteira (BRASIL, 2014).

Mediante isso, as cidades-gêmeas são àquelas que melhor representam a Zona de Fronteira, esta que é composta pelas faixas territoriais de cada lado do limite internacional estatal "[...] caracterizada por interações que criam um meio geográfico próprio de fronteira, somente perceptível na escala local/regional das interações transfronteiriças" (BRASIL, 2005, p. 152). Oficialmente são vinte e nove as cidades classificadas como gêmeas ao longo da extensa fronteira terrestre brasileira.

Deste modo, no estado (UF) de Mato Grosso do Sul está localizada a Zona de Fronteira Brasil/Bolívia, composta pelas cidades brasileiras de Corumbá/MS e Ladário/MS, bem como, por Puerto Quijarro (seu distrito Arroyo Concepción) e Puerto Suárez, urbes da Província de Germán Busch do Estado Plurinacional da Bolívia[2]. Tais centros são caracterizados por intercâmbios nas áreas de educação, saúde, segurança, meio ambiente, lazer e, sobretudo, no comércio.

Comumente, os moradores de Puerto Suárez e Puerto Quijarro utilizam os serviços de saúde e matriculam suas crianças e adolescentes em escolas no "lado"[3] brasileiro daquela fronteira. Os cidadãos bolivianos também atuam profissionalmente em Corumbá/MS e Ladário/MS, bem como, os centros comerciais instalados nos municípios bolivianos são assídua e cotidianamente frequentados por brasileiros para consumo e trabalho. Portanto, as pessoas que vivem na fronteira em questão interagem elaborando seus códigos básicos de sobrevivência e de convivência para além dos limites estatais estabelecidos para delimitar o "território"[4].

As cidades em questão, portanto, apresentam estreitas relações. Logo, bolivianos e brasileiros protagonizam movimentos que ultrapassam as "linhas" oficiais, produzindo relações que se baseiam, em grande parte dos casos, em suas referências socioespaciais. De igual modo, convivem com códigos jurídicos que os definem como nacionais dos seus respectivos Estados, reforçando os laços de pertencimento e identificação

2 Na fronteira terrestre entre Brasil e Bolívia encontram-se três Zonas de Fronteiras, formadas por oito cidades-gêmeas. Além daquelas que estão localizadas em Mato Grosso do Sul/Província de Gérman Busch, as demais são: Brasiléia/AC – Cobija (Departamento de Pando), Guajará-Mirim/RO – Guayaramerin, no Departamento de Beni (BRASIL, 2005, p. 149-150; BRASIL, 2010, p. 22).

3 O substantivo "lado" será apresentado com aspas, pois é uma provocação de nossa parte. As cidades-gêmeas possuem dinâmicas que vão para além dos limites estabelecidos. A infixidez das gentes nesses espaços internacionais é cotidiana e os deslocamentos e as relações pessoais não são impedidos pelas barreiras estatais.

4 Neste caso, fazemos referência ao aspecto jurídico, que aponta os limites cartográficos para demarcar países, municípios, cidades, etc. Assim, quando nos referirmos ao "território" desta maneira, sempre o faremos com aspas. Quando utilizarmos território sem aspas, estaremos aludindo ao meio geográfico dotado de relações de poder, definidas pelos ordenamentos cotidianos (que estão além dos jurídicos e cartográficos), pelas questões políticas, econômicas e sociais, por processos de apropriação e dominação e, especialmente, como espaço imprescindível para a reprodução social.

com "territórios" dessemelhantes em meio a um contexto espacial que também não "guarda bandeiras" e tampouco "lados".

Desta maneira, o objetivo deste artigo é refletir acerca do processo de instalação do Regime Aduaneiro de loja franca no município de Corumbá/MS, mais especificamente, nossas análises tem como ponto de partida a publicação do Decreto municipal nº 1.432/2014, que dispôs sobre a criação de Grupo de Trabalho que tem como escopo pensar ações visando à implantação do regime no município em questão.

Para obtenção do que nos propomos a realizar, utilizamo-nos de levantamento bibliográfico e trabalho de campo na cidade de Corumbá/MS que consistiu em entrevistar, entre junho de 2015 e janeiro de 2018, aqueles diretamente envolvidos com as dinâmicas transfronteiriças de comércio. Além desta introdução, o artigo contém outras três seções. Na seção primeira apresentamos uma discussão sobre a publicação Lei nº 12.723/2012, que versa sobre o Regime Aduaneiro Especial de Loja Franca em fronteira terrestre. No secionamento segundo, advogamos a respeito das dinâmicas relacionadas a implantação do regime de lojas francas em Corumbá/MS a partir da publicação do Decreto municipal nº 1.432/2014. O último segmento reservamos para nossas considerações finais.

## 1 A LEI 12.723/2012 E A PORTARIA Nº 307/2014: LOJAS FRANCAS [FREE SHOPS] PARA AS CIDADES-GÊMEAS

No dia 09 de outubro de 2012 foi sancionada a lei 12.723 que autorizou a instalação de lojas francas em municípios caracterizados como cidades-gêmeas. A lei é resultante do Projeto de Lei nº 6.316/2009, proposto pelo Deputado Federal Marco Maia.

No ano de 2012 o projeto foi renumerado para PL nº 11/2012 e encaminhado para o Senado, em abril de 2012 a Presidência do Senado comunicou o recebimento do projeto e determinou que fosse encaminhado para as Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional e Comissão de Assuntos Econômicos. No dia 12 de setembro de 2012, a última aprovou o projeto, voltando para a Câmara dos Deputados para ser votado em plenário, sendo aprovado no dia 18 de setembro de 2012 e sancionado pela Presidenta Dilma Rousseff em 09 de outubro de 2012 (SILVA e PRADO, 2014, p. 501/502).

A sanção da Lei nº 12.723/2012 gerou grande expectativa. Nas declarações públicas, a institucionalidade era apresentada como solução para acarretar ganhos econômicos e ao mesmo tempo ampliar a concorrência brasileira no comércio das cidades-gêmeas. Para alguns parlamentares e outros sujeitos envolvidos com o comércio em municípios de fronteira, as cidades estrangeiras praticavam uma concorrência desleal (AUTOR, 2015, p. 194).

A regulamentação da lei 12.723/2012 ocorreu por meio da Portaria MF nº 307, de 17 de julho de 2014, que dispõe sobre a aplicação do regime aduaneiro especial de loja franca em fronteira terrestre. Deste modo, ficou autorizada a venda de mercadoria nacional ou estrangeira, com isenção de tributos, a pessoa em viagem terrestre internacional. Além disso, o artigo 6º estabeleceu que: a) é necessária lei municipal que autorize a instalação do regime de lojas francas; b) os estabelecimentos interessados em participar do regime devem comprovar valor de patrimônio líquido mínimo ou prestar

garantia em valor equivalente; c) haverá implementação de sistema informatizado de controle de entrada, estoque e saída de mercadorias, d) deve existir no município uma unidade, serviço, seção ou setor da Receita Federal com competência para proceder ao controle aduaneiro (BRASIL, 2014(b)).

A Portaria nº 307/2014 também alterou o artigo 7º da Portaria nº 440/2010[5]. Houve a diminuição da quantia de US$ 300,00 para US$ 150,00 da cota anteriormente estabelecida para compra de produtos sem pagamento de tributos por via terrestre (BRASIL, 2014(b)). A alteração causou certa surpresa nos sujeitos envolvidos com o comércio das cidades-gêmeas. Em Foz de Iguaçu, o Prefeito Reni Pereira asseverou:

> Recebemos a notícia como um presente de Grego. Ao mesmo tempo em que podemos abrir as lojas francas, baixaram a cota. A gente sabe que parte do dinheiro que circula aqui, principalmente nos bairros, vem desse turismo de compras. Falta de respeito com Foz do Iguaçu (RADIOCULTURA, 2014).

A Portaria nº 307/2014 foi posteriormente alterada pela Portaria MF nº 320, de 22 de julho de 2014: "Art. 3º. Fica restabelecida a vigência da redação original da alínea «b» do inciso III do art. 7º da Portaria MF nº 440 de 30 de julho de 2010" (BRASIL, 2014(c)). Isto é, a cota para consumo, sem tributação, por via terrestre voltava a ser no valor de US$ 300,00, assim como, ficou estabelecido com a publicação da nova normativa que o artigo 22 da nº 307/2014 entraria em vigor somente em 01 de julho de 2015. De acordo com o secretário da Receita Federal, o Sr. Carlos Alberto Barreto:

> Vamos prorrogar a vigência do que hoje existe em termos de cota (US$ 300 via terrestre) por não menos de 6 meses. Mas deve ser em torno de um ano. Depende de autorização de cada município onde vão funcionar [as lojas francas], de sistemas de preparação dos investidores (G1, 2014).

A intenção da Receita Federal, aparentemente, era aguardar até que as Lojas Francas estivessem em funcionamento. Entretanto, tal protelação não estava relacionada apenas aos fatores destacados pelo servidor público. Como o artigo 6º da Portaria nº 307/2014, parágrafo IV, estabelece como uma das condições e requisitos para o funcionamento das lojas francas a implantação de sistema informatizado para controle de entrada, saída, estoque, registro e apuração das mercadorias e créditos tributários, a operabilidade dos *free shops* também estava condicionada a confecção do *software* para viabilizar as operações do referido sistema. Isso se confirmou com a publicação da Portaria MF nº 415, de 26 de junho de 2015. Lê-se no artigo 1º:

> Art. 1º O art. 24 da Portaria MF nº 307, de 17 de julho de 2014, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 24. Esta Portaria entra em vigor a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União, exceto o seu art. 22, que entra em vigor a partir:
>
> I - de 1º de julho de 2016; ou

5 No que tange a Portaria nº 440, a normativa alterou a forma de contabilizar os bens trazidos na bagagem para uso pessoal, estabelecendo uma cota limite para o viajante, equivalente a US$ 500,00 (por via aérea) e US$ 300,00 (por via terrestre) com isenção de tributos. (BRASIL, 2010).

> II - do 1º (primeiro) dia do 3º (terceiro) mês subsequente à implementação do sistema de controle informatizado previsto no inciso IV do § 2º do art. 6º acompanhada da edição do ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil referido no art. 23, se anterior à data estabelecida no inciso I." (NR) (BRASIL, 2015).

O documento prorrogou por mais um ano a entrada em vigor do artigo 22 da Portaria nº 307/2014, que consequentemente havia alterado o artigo 7º da Portaria nº 440/2010, isto é, da cota de US$ 150,00 para compra de produtos sem pagamento de tributos por via terrestre. Assim como, sinalizou um prazo para a estruturação do sistema informatizado que vai dar suporte para os trâmites realizados nas Lojas Francas.

O sistema em referência será viabilizado por meio do desenvolvimento de um *software* que permitirá o controle da emissão de tickets de venda. A Receita Federal está adotando um modelo de fiscalização eletrônica automática que vai possibilitar que o viajante ao adquirir produtos nas Lojas Francas não necessite se encaminhar a Unidade da Receita Federal para declarar as suas compras. Assim, nas ocasiões em que adquirir produtos, o comerciante que atua nos *free shops* acessará o sistema da Receita Federal e pedirá autorização para emissão do ticket, deste modo, haverá o controle da cota e o pagamento da mercadoria.

De igual modo, caso o turista/viajante ultrapassar os US$ 150, 00 previstos, efetuará pagamento com o próprio vendedor no estabelecimento (produtos acima da cota são tributados no regime especial, ou seja, 50% no que exceder. Isto está disposto nos artigos 101 e 102 do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009). Portanto, o consumidor sairá da loja com a obrigação tributária já cumprida e não precisará se encaminhar a órgão aduaneiro ou fiscal para realizar nenhum procedimento (CANAL 10 RIVERA, 2014).

Destarte, a prorrogação entabulada na Portaria MF nº 415/2015 estava relacionada, aparentemente, a confecção do software, pois ao contrário do que relatou o secretário da Receita Federal, o Sr. Carlos Alberto Barreto, o funcionamento das Lojas Francas independe da definição de "onde" tais estabelecimentos vão funcionar, visto o sistema de fiscalização ser eletrônico e automático.

Entretanto, o sistema informatizado não foi operacionalizado como o previsto, logo, a Receita Federal manteve a cota de US$ 300,00 para compra no exterior por via terrestre. A orientação está plasmada no artigo 1º da Portaria MF nº 289, de 30 de junho de 2016. Neste sentido, por mais um ano, a redução para compra no exterior de US$ 150,00 foi adiada. A previsão ficou para 1º de julho de 2017 (BRASIL, 2016). Passado o período, uma nova instrução foi publicada, a Portaria MF nº 307, de 29 de junho de 2017, que mais uma vez prorrogou para 1º de julho de 2018 a entrada em vigor do artigo nº 22 da Portaria MF nº 307/2014.

## 2 DECRETO MUNICIPAL Nº 1.432 E O REGIME ESPECIAL DE LOJA FRANCA EM CORUMBÁ/MS

Em relação ao processo de funcionamento das lojas francas no município de Corumbá/MS, no dia 21 de outubro de 2014 foi publicado o Decreto municipal nº 1.432 e foi sancionada a Lei nº 2.498, de 25 de agosto de 2015. O primeiro dispôs sobre a criação de Grupo de Trabalho que tinha como escopo pensar ações visando à implantação

do regime e o segundo édito versa sobre a instalação de lojas francas no Município de Corumbá/MS (deliberação que está de acordo com o artigo 6º, inciso I, da Portaria nº 307/2014).

Entretanto, os impasses e preocupações perseveravam, em parte, por conta da percepção macroterritorial da Receita Federal e por outro lado pelo "olhar" parcial dos gestores e demais entidades de classe corumbaenses acerca do local onde vivem e trabalham, pois pensam o processo de instalação do regime aduaneiro de Lojas Francas de modo que seja vantajoso apenas para os comerciantes brasileiros, o que consequentemente é um problema, já que não há como planejar e implantar políticas no "lado" brasileiro sem dialogar *com* e considerar vantagens *para* o "lado" boliviano daquela fronteira.

Deste modo, nesta seção, vamos apontar as principais resistências no que tange ao processo que visa instalar o regime de lojas francas em Corumbá/MS.

## 2.1 PARTICIPAÇÃO DE AMBOS OS "LADOS" DA FRONTEIRA?

No dia 21 de outubro de 2014 foi publicado o Decreto municipal nº 1.432 que dispôs sobre a criação de Grupo de Trabalho para discussão, organização e criação de um plano de ação visando à implantação do regime de Loja Franca no município de Corumbá/MS. Nos artigos 2º e 3º do documento é possível ler:

> Art. 2º O Grupo de Trabalho terá a seguinte composição:
>
> I – um representante da Secretaria Municipal de Indústria e Comércio, na qualidade de coordenador;
>
> II – um representante do Sindicato do Comércio Varejista de Corumbá – SINDVAREJO;
>
> III – um representante da Associação Comercial e Industrial de Corumbá – ACIC.
>
> Art. 3º O Grupo de Trabalho poderá ser composto, ainda, por representantes das seguintes instituições convidadas:
>
> I – um representante do Poder Legislativo Municipal;
>
> II – um representante da Agência Fazendária Estadual (AGENFA);
>
> III – um representante da Receita Federal do Brasil;
>
> IV – um representante do Departamento de Polícia Federal;
>
> V – um representante da Federação do Comércio do Estado de Mato Grosso do Sul (FECOMERCIO);
>
> VI – um representante da Federação das Associações Comerciais do Estado de Mato Grosso do Sul (FAEMS);
>
> VII – um representante da Camara de Industria, Comercio y Servicio da Provincia German Bush – Bolívia (MATO GROSSO DO SUL , 2014, p. 1).

No que concerne ao artigo 3º, observamos uma incoerência. Não há menção aos órgãos públicos e as entidades/organizações vinculadas ao setor de comércio da cidade de Puerto Quijarro/Arroyo Concepción. A "Camara de Industria, Comercio y Servicio da Provincia German Bush" é uma entidade da cidade Puerto Suárez. Por que Puerto Quijarro/Arroyo Concepción não são indicadas? Nessas urbes encontram-se os principais centros comerciais daquela Zona de Fronteira, ademais inúmeros cidadãos bolivianos que nelas residem, trabalham na cidade de Corumbá/MS.

A participação dos comerciantes e do Poder Público de Puerto Quijarro/Arroyo Concepción é de extrema relevância, sobretudo, no que diz respeito à criação de diretrizes que possam mitigar os confrontos de classe no setor e possibilitar discussões sobre futura produção de harmonizações legislativas que contemplem os dois "lados" da fronteira. Pensamos que é impossível discutir a instalação de lojas francas e as consequências de tal estratégia de comércio (especialmente no que se refere a geração de empregos) sem envolver a classe trabalhadora boliviana do "outro lado".

Bem como, o édito não faz referência ao Núcleo Regional de Integração da Faixa de Fronteira do Mato Grosso do Sul (NFMS), instituído pelo Decreto estadual nº 13.303, de 22 de novembro de 2011. Os Núcleos Regionais são instâncias de planejamento para a Faixa de Fronteira que fazem parte do arcabouço institucional pensado pelo Grupo de Trabalho Interfederativo de Integração Fronteiriça (GTI), coordenado pelo Ministério da Integração Nacional e criado pelo Comitê de Articulação Interfederativa (CAF) da Secretaria de Relações Institucionais (SRI) da Presidência da República, por meio da Resolução nº 08, de 19 de Novembro de 2008.

O GTI foi prescrevido em 2010 para atualizar os dados do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira (PDFF), elaborado no ano 2005; e consequentemente confeccionou outro relatório contendo propostas que tem por objetivo fomentar o desenvolvimento e a articulação de ações de integração fronteiriça. Entre as asserções do documento está o estabelecimento da Comissão Permanente de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira (CDIF), um colegiado composto por representantes de órgãos federais e estaduais.

Logo, para a execução dos objetivos traçados foi engendrada a seguinte composição: a) uma Secretaria Executiva (SE), cuja direção ficou a cargo da Coordenação-Geral do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Faixa de Fronteira da Secretaria de Programas Regionais do Ministério da Integração Nacional, b) Núcleos Regionais (NR), compostos de instituições que tenham relevância para o desenvolvimento e integração fronteiriços, em nível local ou regional e c) de Grupos Técnicos (GT), para temas complexos como segurança, circulação de pessoas, comércio internacional, etc. (BRASIL, 2010, p. 79-80).

De acordo com o documento elaborado pelo GTI (Bases para uma Proposta de reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira), a existência dos Núcleos Regionais "[...] é essencial para o sucesso da CDIF, na medida em que propicia a articulação das políticas setoriais com as características particulares de cada fronteira e permite o aprimoramento do diálogo federativo numa dada região" (BRASIL, 2010, p. 79).

Os Núcleos Regionais são o elo entre os sujeitos locais e a Secretaria Executiva e, entre outras coisas, responsáveis por colher e sistematizar as demandas locais e

articular soluções de âmbito local e regional para as diligências identificadas (BRASIL, 2010). No caso do Núcleo Regional de Integração da Faixa de Fronteira do Mato Grosso do Sul, sua coordenação ficou a cargo da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia (SEMAC) e da Secretaria de Desenvolvimento Agrário, da Produção, da Indústria, do Comércio e do Turismo (SEPROTUR). Portanto, um desses órgãos estaduais (ou representantes dos dois) deveria compor o Grupo de Trabalho estatuído para discutir a implantação do Regime de Loja Franca em Corumbá/MS.

Sendo o NFMS a conexão entre as cidades da Faixa de Fronteira sul-mato-grossense e a Secretaria Executiva da CDIF, aquele poderia ser acionado pelos **órgãos públicos corumbaenses no sentido de requerer** a criação de Grupo Técnico para colaborar na elaboração, implantação, acompanhamento e promoção de projetos específicos relacionados ao tema, sendo o instrumento para analisar e referendar as propostas do NFMS. É preciso informar que estas são, conforme as propostas do GTI, algumas das responsabilidades e competências destinadas à instância. Assim como, o liame Grupo Técnico – NFMS – Grupo de Trabalho seria fundamental na confrontação entre moções locais (produzidas com o andamento do GT sobre Loja Franca) e entre as proposituras do Plano de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira/MS, este elaborado pelo NFMS[6].

A criação da CDIF é um avanço relevante, pois possibilita aos governos subnacionais discutir diretamente com os órgãos superiores a formalização e implantação de ossatura jurídica que dê sustentação as suas atuações no plano externo. Assim, é dever dos gestores municipais acionar tal instância.

É necessário sublinhar que sem tal arcabouço jurídico, os governos municipais e estaduais brasileiros tendem a protagonizar movimentos complementares à diplomacia do Estado. Nos últimos vinte anos, aqueles vêm realizando inúmeras ações no ambiente internacional que são *de facto* e não *de jure*. Esta diplomacia complementar[7] é de *facto*, pois a Constituição brasileira é categórica quanto aos papéis de atuação dos agentes e entidades no ambiente internacional[8].

---

6 Destaca-se que o Plano de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira/MS, publicado no ano de 2012, foi desdobramento da criação do CDIF e do NFMS.

7 Rodrigo de Oliveira Perpétuo afirma que é inoportuna e inadequada a noção de que os governos municipais e estaduais realizam ações paradiplomáticas, haja vista não utilizarem rotas alternativas ou paralelas de diplomacia estatal, mas sim participarem da mesma rota dos Estados-Nação, de forma complementar, especialmente, pois os governos subnacionais não rompem com as definições tradicionais da diplomacia moderna que tendem "[...] a ser baseadas em três princípios: a) a condução de relações pacíficas; b) entre estados mutuamente reconhecidos e soberanos; c) em expectativas de relações de longo prazo" (PLUIJM; MELISSEN, 2007 apud PERPÉTUO, 2014, p. 89).

8 A Carta Magna brasileira apresenta no artigo 21, inciso I, que compete a União "[...] manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais". No artigo 25, parágrafo 1º, lê-se: "São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição", ou seja, a União cabe matérias e questões de interesse geral, no que tange ao artigo 30, inciso I, cabe aos municípios "[...] legislar sobre assuntos de interesse local" (no caso das cidades-gêmeas as questões internacionais são assuntos de interesse local, é preciso destacar). Outro dispositivo constitucional a ser ressaltado é o artigo 52, inciso V, que permite ao Senado Federal "[...] autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios". E por fim, pode-se ler no artigo 84, incisos VII e VIII, que é competência privativa do presidente da república manter relações com Estados estrangeiros, acreditar seus representantes diplomáticos, celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

Os governos subnacionais vêm atuando diretamente no plano externo por meio de assessorias e secretarias internacionais em outros países, sem a intermediação do Itamaraty e de outras instâncias do Poder Executivo. De acordo com Sombra Saraiva (2006): "Governadores viajam, muitas vezes, com mais objetividade e mais bem preparados para a negociação de interesses comerciais do que membros do governo central [...]" (SOMBRA SARAIVA, 2006, p. 447).

Logo, a Comissão Permanente de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira (CDIF) contribuiria para oficializar os costumes internacionais já praticados por governadores das Unidades Federativas e prefeituras. Os entendimentos estabelecidos entre as instâncias da CDIF com as cidades da Faixa de Fronteira, especialmente às cidades-gêmeas, podem agregar novos dispositivos formais para respaldar as operações internacionais dos governos subnacionais, aliando-os as demais normas que versam sobre planejamento urbano, ambiental, infraestrutural, etc., inclusive inserindo tais regras na Constituição Federal.

Quando o GTI pensou a CDIF, delegou às instâncias que a compõe a realização de atividades que visem pensar e propor políticas com concepções do tipo *Top-down* (de cima para baixo) e *Botton-up* (de baixo para cima). O que significa dar aos municípios autonomia para se articularem na escala do território e apresentar às demandas as instâncias responsáveis (NR e SE). Mediante o *feedback,* os sujeitos locais são condicionados a agir. Esse "agir" depende de questões da cena política[9], orçamentárias e do corpo técnico das administrações subnacionais.

No que concerne às questões partidárias, é necessária a articulação dos sujeitos municipais com o Parlamento estadual e/ou no Congresso Nacional para que os apontamentos realizados no âmbito local sejam institucionalizados, isto é uma característica na estrutura constitucional brasileira. As articulações na cena política são de suma importância porque vão possibilitar a instrumentalização das sinergias orçamentárias descritas no documento "Bases para uma Proposta de reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira" que prevê a realização das propostas apresentadas seja se estiverem no interior do que prevê a constituição e/ou no caso de não haver recursos federais, visto apontar alinhamentos com agências nacionais e organismos internacionais (públicos e privados) no sentido de captar recursos.

No que diz respeito ao corpo técnico, a CDIF provoca as administrações públicas da Faixa de Fronteira a pensarem em novos mecanismos de planejamento, gestão compartilhada (TORRENCILHA, 2013) e de participação popular que sejam compatíveis com territórios dotados de relações internacionais.

No que concerne ao distanciamento dos governos subnacionais com os órgãos federais, este afastamento pode ser relativizado, isso depende de como os agentes locais vão se movimentar para sensibilizar as instâncias superiores, o que pode definir se a participação dos primeiros é pequena ou não. O arcabouço institucional criado (CAF, GTI, CDIF, SE, NR e GT) possibilita grande participação dos municípios, haja vista serem eles os responsáveis por apresentar as particularidades do território aos órgãos

9 De acordo com Nicos Poulantzas (2000), a cena política está relacionada à estrutura política partidária e trata-se de elemento de suma importância no contexto de relações de forças que alicerçam o Estado e fundamental nas articulações do bloco no poder.

federais e, sobretudo, convocar o debate. Assim, é de extrema importância que ambos os "lados" da fronteira participem.

A CDIF estabelece uma subordinação aos governos subnacionais, pensamos que tal relação é positiva, àqueles, embora tenham catas específicas, são elementos constituintes do Estado (do "território" especificamente), mediante as conjunturas políticas as ações paralelas (paradiplomacia) podem ser construídas a revelia dos interesses estatais. As políticas pensadas para as cidades fronteiriças, dentro de suas singularidades, devem estar concordadas a esfera macroterritorial, isto é, as Políticas Nacionais. Por exemplo, os esforços na Zona de Fronteira Brasil/Bolívia, devem conciliar políticas locais, regionais e nacionais de Brasil e Bolívia.

## 2.2 TURISTAS OU ESTRANGEIROS: VENDER PARA QUEM?

O artigo 5º do Decreto municipal nº 1.432/2014 versa sobre as atribuições do Grupo de Trabalho que estava encarregado da realização de a) reuniões com os representantes das instituições e órgãos envolvidos e pela proponência de atribuições aos mesmos; b) à realização de estudos para avaliar a viabilidade de instalação das lojas francas em Corumbá/MS; c) pelos diálogos necessários a criação do Plano de Ação concernente à operação dos *free shops* na cidade e, de igual modo, d) cabia ao GT criar o Plano de Ação e propor os métodos de execução após a sua. O documento também especificava o dia 21 de outubro de 2015 como data cabal para o término das estratégias supracitadas: "Art. 6º O prazo para conclusão dos trabalhos do grupo é de 1 (um) ano a contar da data de publicação[21/10/2015] deste Decreto" (MATO GROSSO DO SUL, 2014, p. 1).

Entretanto, de acordo com as informações que obtivemos em nosso trabalho de campo, o Grupo de Trabalho jamais foi operacionalizado. Entre os motivos do não funcionamento estavam *às* dúvidas, por parte dos órgãos públicos responsáveis e dos interessados, sobre quem poderia comprar nos estabelecimentos credenciados como *free shops*. Em setembro de 2015, entrevistamos o então Secretário de indústria e Comércio do município de Corumbá/MS, o Sr. Pedro Paulo Marinho, que nos declarou o seguinte:

> Nesse momento [29/09/2015] existe um decreto que criou um Grupo de Trabalho, mas ainda não foi formado [...] Aqui no município nós enxergamos que a questão dos *free shops* ainda precisa ser melhorada, a questão do regulamento, a normativa que saiu [Portaria nº 307/2014]. Em conversa com empresários e comerciantes daqui, acreditamos que não é a melhor forma para se trabalhar, sobretudo porque somente se observa o estrangeiro que tem que estar saindo do país ou que está entrando. Hoje quem entra aqui [Corumbá/MS] e consome é o boliviano da fronteira, acredito que é o nosso grande cliente, os turistas de pesca, também consomem muito na fronteira, também são brasileiros que vem e não estão com a intenção de sair do país. Então, pelo que a normativa "fala", da Receita Federal, eles [viajantes] tem que ter documento hábil de estrangeiro para poder consumir dentro de um *free shop*. E os comerciantes aqui, a gente também apoia (a parte da prefeitura), é que isso também seja favorável [compra nas lojas franca] para o pessoal daqui, que não exija essa documentação de estrangeiro e sim que seja controlada, a ideia é que seja controlada pela Receita Federal, por CPF [Cadastro de Pessoa Física] mesmo só no município, que qualquer loja possa usufruir desse benefício fiscal de isenção e não só uma

> *free shop*. A gente enxerga que o turista que tá aqui na cidade, seja o turista de compra, ou aquele que vem contemplar o Pantanal ou pescar. Ele vem não com a intenção de sair para o estrangeiro. Hoje a gente tem uma grande dificuldade, por exemplo, você vai sair hoje do país, vai fazer documento de alfândega tem que passar pela Polícia Federal, enfrenta fila de uma hora pra fazer e mais uma hora na parte da Bolívia, então você imagina que turista que vem com essa intenção de compra, pra ficar nessa fila e ir para a Bolívia e para ter um documento hábil e ainda enfrentar tudo isso de retorno justamente para comprar numa free shop, então à gente acha que isso inviabiliza a questão dos *free shops* como está sendo colocada hoje. Então a gente acha que é inviável essa questão de exigir documentação para poder entrar numa loja e fazer compra como acontece nos aeroportos. A normativa não oferece qualquer atratividade para se instalar as lojas. Porque se eles exigirem a documentação de estrangeiros, não vejo esse fluxo de turistas que entra com a intenção de compra. Quando a população vai a Bolívia comprar existe a fiscalização da cota de US$ 300,00, porém não se exige documentação para se fazer a compra. E o que a receita quer é que para se comprar no Brasil, em dólar, ele tem que ter o documento fiscal de estrangeiro que ele está entrando no país ou saindo. As cidades que tem comércio na fronteira, no país vizinho não se exige essa documentação. O brasileiro não pode comprar. Essa é uma luta nossa. O turista vem para cá [Corumbá/MS] e acaba indo na Bolívia, consome e não se exige documento. A gente tem uma pesquisa que no carnaval do ano passado [2014], o consumo na Bolívia foi "em torno" de um milhão de reais. Então o turista que veio para curtir o carnaval, até mesmo o corumbaense gastou isso. Só que não exigiu documento para ele gastar esse dinheiro[10].

Mediante tais palavras, percebe-se que o Grupo de Trabalho até então não havia sido instalado (restando apenas vinte dias para o fim do prazo estabelecido no Decreto municipal nº 1.432/2014) porque existiam discordâncias, por parte dos envolvidos no processo, quanto ao que estava posto na Portaria nº 307/2014, nesse caso, em relação *a quem poderia comprar* nas lojas francas.

A interpretação do secretário municipal girava em torno *de certa* restrição que fora estabelecida a respeito do estrangeiro ser o único com possibilidades de adquirir mercadorias nos *free shops*. No artigo 13 da Portaria nº 307/2014 pode-se ler: "Art. 13. Somente poderá adquirir mercadoria de loja franca de fronteira terrestre o **viajante que ingressar no País** [grifo nosso] e for identificado por documentação hábil" (BRASIL, 2014). Nota-se que no dispositivo não há qualquer menção sobre o comprador ser ou não ser estrangeiro, o artigo 13 especifica que somente viajantes podem comprar. A nacionalidade não é critério para qualificar ou desqualificar futuros usuários da tecnologia [*free shop*].

Em dezembro de 2014, o Sr. Adilson Valente, Inspetor Chefe da Receita Federal em Santana do Livramento/PR (cidade-gêmea que compõe juntamente com Rivera/UR a Zona de Fronteira Brasil/Uruguai), concedeu entrevista a uma emissora uruguaia da cidade de Rivera/UR – CANAL 10 RiveraUY – e ressaltou:

> "A lei fala que são viajantes, nela não há restrição sobre a nacionalidade. Então tanto os uruguaios, argentinos, quanto os brasileiros poderão comprar nas lojas francas. Desde que sejam viajantes" (CANAL 10 RIVERA, 2014).

10 Entrevista realizada no dia 29/09/2015.

Esta é uma referência que faz as cidades-gêmeas de Rivera/ UR e Santana do Livramento/BR e que também cabe às urbes da Zona de Fronteira Brasil/Bolívia e a qualquer outra que possua dinâmicas fronteiriças terrestres de comércio.

Ao dar a declaração, o Inspetor da Receita Federal fazia alusão ao Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, a Lei nº 12.723, de 2012 e aos artigos 13 e 14 da Portaria nº 307/2014, a segunda norma altera o artigo 15 da primeira, incluindo o artigo 15-A. No parágrafo 2º do artigo 15-A está especificado que:

> § 2º A venda de mercadoria nas lojas francas previstas neste artigo somente será autorizada à pessoa física, obedecidos, no que couberem, as regras previstas no art. 15 e demais requisitos e condições estabelecidos pela autoridade competente (BRASIL, 2012).

No paragrafo 2º, de igual modo aos artigos 13 e 14 da Portaria nº 307/2014, não há menção a respeito de venda apenas para estrangeiros e quanto ao artigo 15 do Decreto-Lei nº 1.455/76, este trata de vendas em lojas francas instaladas em zona primária de portos e aeroportos "[...] a passageiros de viagens internacionais, na chegada ou saída do País, ou em trânsito, contra pagamento em moeda nacional ou estrangeira" (BRASIL, 1976). O que não se enquadra a *free shops* em fronteira terrestre. Entretanto, novamente percebe-se que não se menciona estrangeiro, mas sim passageiros em viagens internacionais, ou seja, pode ser qualquer passageiro, independe a nacionalidade.

A "dúvida" sobre *quem poderia* realizar compras nas lojas francas, aparentemente, incorria porque no artigo 13 está entabulado que somente terá acesso as novas tecnologias comerciais "[...] o viajante que ingressar no País", bem como, no artigo 14 está especificado que o limite de isenção (US$ 300,00) para a venda de mercadoria importada é destinada "[...] ao viajante que ingressar no País". A respeito de tais assertivas, o Inspetor da Receita Federal, ao ser questionado sobre a possibilidade do morador de Santana de Livramento não poder realizar compras, respondeu:

> Na verdade nós tivemos essa discussão interna, mas superamos rapidamente. Tecnicamente se eu vou até ali do outro lado da praça [Rivera] eu fiz uma viagem internacional, para todos os efeitos legais inclusive. Se eu saio daqui [Santana do Livramento/BR] atravesso a rua, eu estou em outro país que é o Uruguai, sujeito a uma ordem jurídica, inclusive, então não há como negar que eu fiz sim uma viagem internacional. Então a gente superou essa questão presumindo que toda pessoa que for declarar as compras tenham feito uma viagem internacional, assim os moradores [Santana do Livramento] poderão sim comprar (CANAL 10 RIVERA, 2014).

A mensagem é valida para a Zona de Fronteira Brasil/Bolívia, na qual se localiza Corumbá/MS, suas dinâmicas se assemelham a fronteira citada pelo servidor da Receita Federal. Quando o boliviano e o brasileiro ultrapassam as "linhas" estatais (que no caso daquela zona fronteiriça está materializada pelo Posto da Receita Federal do Brasil) *tecnicamente* (fazendo uso do termo empregado pelo inspetor-chefe) realizam viagens internacionais (todos os dias tais movimentos ocorrem, diga-se de passagem).

Ademais, o cidadão boliviano, que é um dos grandes consumidores do comércio corumbaense (de acordo com o então Secretário municipal de Indústria

e Comércio), *oficialmente* é um estrangeiro, logo, isso não deveria ser fator impeditivo para o início das discussões sobre as lojas francas, isto é, elemento que protelasse as operações do Grupo de Trabalho. Bolivianos e brasileiros ao atravessarem as "marcas" estatais para consumir em ambos os "lados" da fronteira realizam viagens internacionais e tal infixidez cotidiana está contemplada no artigo 2º da Portaria 307/2014:

> **Art. 2º** O regime aduaneiro especial de loja franca, quando aplicado em fronteira terrestre, permite, a estabelecimento instalado em cidade gêmea de cidade estrangeira na linha de fronteira do Brasil, vender mercadoria nacional ou estrangeira **a pessoa em viagem terrestre internacional** [grifo nosso], contra pagamento em moeda nacional ou estrangeira (BRASIL, 2014).

As viagens internacionais terrestres são inerentes aquela Zona de Fronteira Brasil/Bolívia, portanto, vender somente a estrangeiros não seria um problema. Assim, qualquer pessoa que tenha interesse e possua dinheiro e possa efetuar pagamento à vista poderá adquirir produtos nos futuros equipamentos comerciais.

Aqui é necessário abrir um parêntese. Em julho de 2015 entrevistamos o Sr. Otávio Philbois, presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Corumbá – SINDVAREJO (membro titular do GT estabelecido em decreto), este sabia que não existiam restrições quanto *a quem* poderia ou não comprar em lojas francas. Informação que o órgão encarregado de coordenar o Grupo de Trabalho para a criação e instalação dos *free shops*, a Secretaria de Indústria e Comércio (conforme o decreto municipal nº 1432/2014), não possuía.

Tal incongruência pode ser explicada pelo fato das redações dos artigos 13 e 14 da Portaria nº 307/2014 serem providas de determinações muito amplas, abrindo margem à inúmeras interpretações e/ou porque os sujeitos envolvidos no processo não estavam dialogando de maneira profícua. Nós acreditamos na segunda hipótese.

## 2.3 CONCILIAR PARA CONCORRER?

Outra questão que diz respeito ao tema ora em discussão está relacionada a inquietações quanto à conciliação do Regime Aduaneiro Especial de loja franca a outra área territorial aduaneira. De acordo com o Sr. Pedro Paulo:

> A prefeitura quer que os *free shops* sejam inseridos no centro comercial, não há uma área específica, vemos dessa forma para fortalecer o comércio. Naquele comércio da rua Frei Mariano [área central do perímetro urbano de Corumbá/MS], ou em qualquer outro lugar da cidade que tenha o potencial para ser uma loja *free shop*. Se a gente instalar seja na fronteira, ou outro local específico, que vá ser estabelecido uma Zona Franca, acreditamos que não vai fortalecer o mercado local. A gente vai abrir uma concorrência para o comércio local, com a abertura de *megas lojas*, e aí detona o comércio, mata o comércio local. É uma concorrência desleal. Que se crie dentro das cidades, como é o caso **das Áreas de Livre Comércio** [grifo nosso], onde a cidade inteira está supostamente liberada pra essa questão, onde existe as fronteiras de controle. Por que Corumbá/MS, por ser uma fronteira praticamente conectada, é uma fronteira de livre passagem, não tem um controle alfandegário de saída e entrada[11].

11 Entrevista realizada no dia 29/09/2015.

Logo, para o então Secretário de Indústria e Comércio, a intenção era que fosse possível à coexistência do regime de loja franca com uma Área de Livre Comércio (ALC). Esta parecia ser a maior das preocupações.

É preciso sublinhar que as ALCs são contempladas por um regime jurídico tributário privilegiado que favorece as atividades de indústrias e de comércio. Em consonância com Eusébio (2011), as empresas situadas em Áreas de Livre Comércio, no que concerne ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), podem obter uma redução final de carga tributária de 40% a 65% em função da isenção de tributos estaduais em remessas na Unidade Federativa e interestaduais, no crédito concedido ao contribuinte que adquire mercadorias, bem como:

> Os benefícios fiscais se estendem aos tributos federais. As aquisições de mercadorias por contribuintes situados em ALCs são totalmente desoneradas de PIS/COFINS [Programa de Integração Social/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social], o que significa uma redução de 9,25% no preço de custo de todas as mercadorias e que deve constar expressamente na nota fiscal. A entrada de mercadorias nas Áreas de Livre Comércio, destinadas ao consumo, venda ou industrialização, ficam isentas, ainda, do Imposto de Importação e sobre Produtos Industrializados (IPI) (EUSÉBIO, 2011, p. 117).

As Áreas de Livre Comércio tem uma ampla abrangência no que diz respeito aos privilégios tributários e são instituídas e regidas por lei federal[12]. Aqui destaca-se que o Deputado Federal Dagoberto Nogueira propôs por meio do Projeto de Lei 533/2015 a criação de Áreas de Livre Comércio para os Municípios de Corumbá/MS e Ponta Porã/MS. O projeto já foi aprovado em cinco comissões com caráter conclusivo, isto é, o projeto foi aprovado apenas pelas comissões designadas para analisá-lo, dispensada a deliberação do Plenário. O último parecer, encaminhado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), foi dado no dia 17 de abril de 2018. Em entrevista concedida a rádio Cidade Branca dois dias após a aprovação pela CCJ, o proponente declarou:

> Olha nós conseguimos que esse projeto meu que é de 2015 passasse por cinco comissões e essas comissões todas foram aprovadas por unanimidade [...] São vários os deputados tentaram [...] e agora nós conseguimos com que ela fosse terminativa nas comissões e aqui na câmara, foi aprovada ontem [17/04/18], ela já foi ao senado. Agora [...] a classe política tanto de Corumbá quanto de Ponta Porã, nós temos que fazer uma "pressãozinha" em nossos três senadores[13] para que eles também nos ajude lá no senado. Eu tenho uma audiência marcado com o senador Eunício [Eunício Lopes de Oliveira], que é o presidente do senado hoje, para eu pode tratar desse assunto com ele, para eu pedir ajuda dele para que ele também faça terminativa nas comissões e não leve a plenário. E aí vai para sanção do presidente e eu acredito que não teria problema se não incluir outros municípios, se não modificarem o projeto como ele está. Eu copiei o projeto de Manaus e como deu um bom desenvolvimento para Manaus, que levou indústria, que levou comércio, levou desenvolvimento, levou

12 No Brasil existem quatro territórios aduaneiros que se configuram como ALCs: 1) Área de Livre Comércio no município de Tabatinga, no Estado do Amazonas – Lei nº 7.965, de 22 de Dezembro de 1989; 2) Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim, no Estado de Rondônia – Lei nº 8.210, de 19 de julho de 1991; 3) Área de Livre Comércio nos municípios de Boa Vista e Bonfim, no Estado de Roraima – Lei nº 8.256, de 25 de novembro de 1991; e 4) Área de Livre Comércio nos municípios de Brasiléia e Cruzeiro do Sul, no Estado do Acre – Lei nº 8.857, de 8 de março de 1994.

13 Os três eleitos pelo estado de Mato Grosso do Sul são: Pedro Chaves, Simone Tebet, Waldemir Moka.

> geração de emprego, você vê Manaus antes ALC e vê Manaus como é hoje, pujante, é uma outra cidade, cresceu muito, é esse que interesse que nós temos tanto em Corumbá como em Ponta Porã (CIDADE BRANCA, 2018).

Em agosto de 2017, o Sr. Otávio Philbois, presidente do SINDVAREJO, relatou-nos em entrevista que observava inúmeras dificuldades na tramitação do projeto na Câmara dos Deputados em decorrência da resistência dos parlamentares do estado de São Paulo que não viam com *bons olhos* a criação de um mecanismo de concorrência a indústria paulista. No entanto, também no afirmou que seria importante à criação de uma ALC, pois para o líder sindical inúmeras empresas (de pequeno ou médio porte) instaladas no município de Corumbá/MS não teriam condições de serem credenciadas como *Free Shops* por conta das exigências da Receita Federal para realizar a concessão, logo, a ALC mitigaria efeitos prejudiciais aos empresários que não conseguirem as certidões[14].

É preciso destacar que embora no âmbito municipal o Grupo de Trabalho criado não tenha deliberado nada e na esfera federal a criação da ALC esteja dependendo da discussão no senado, a mobilização política no contexto estadual está adiantada. O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 212ª reunião extraordinária realizada no dia 14 de janeiro de 2014, celebrou o Convênio ICMS 4. Este concedeu "[...] isenção do ICMS em operações realizadas por lojas francas localizadas nos aeroportos internacionais e em sedes de municípios caracterizados como cidades gêmeas de cidades estrangeiras" (CONFAZ, 2014, p. 1). Para o Sr. Otávio Philbois, a adesão do estado de Mato Grosso do Sul ao convênio, isentando as lojas francas da cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS é um grande avanço:

> Eu achava particularmente, que todo esse andamento das lojas free não iria ter um efeito prático mais efetivo enquanto tivesse o gravame do ICMS. Esse convênio [Convênio ICMS 4, de 15 de janeiro de 2014] que autoriza o estado de Mato Grosso do Sul a abrir mão da cobrança de ICMS nas lojas free deu uma vitaminada na diferença que ocorrerá no preço final[15].

Ademais, para o líder sindical a isenção na cobrança do ICMS em lojas francas vai alavancar e destravar a venda de produtos importados, visto estes dependerem da alíquota de imposto de importação. Assim a perspectiva é de que num contexto geral haverá uma redução de 10% a 15% na cobrança de IPI, 17%, no mínimo de ICMS, dependo a pauta pode chegar a 20%, gerando um diferencial no preço final do produto nacional em torno de 30%. Desta forma, há grande expectativa do setor e uma convergência ações no que tange a futura conciliação dos regimes aduaneiros de lojas francas e ALC.

O supracitado desejo, o adiantamento do tema (inclusive, o parecer da CCJ superou as expectativas) e o andamento das negociações partidárias levam-nos a algumas

14 Em relação à conciliação do regime especial de Loja Franca com Área de Livre Comércio em fronteira terrestre, há o caso da Zona de Fronteira Brasil/Bolívia, respectivamente no estado de Rondônia e Departamento de Beni. O Poder Executivo estadual de Rondônia, no dia 28 de junho de 2014 sancionou a Lei nº 3.364 que autoriza a concessão de isenção total ou parcial do ICMS nas operações realizadas por lojas francas em funcionamento no município de Guajará-Mirim/RO, cidade-gêmea com Guayaramerin (Departamento de Beni/Bolívia). A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 18.897/2014, que instituiu o Regime Especial de Tributação para loja franca instalada na Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim (ALCGM). A estrutura estabelecida em Guajará-Mirim/RO pode ser o exemplo mais recente a ser seguido.

15 Entrevista realizada no dia 18/08/2017.

questões de extrema relevância. Se por um lado é fato que a criação de políticas no Congresso Nacional é pautada pela concepção partidária, (ARRETCHE, 2012), por outro, é necessário considerar os ordenamentos (programas, leis, relatórios, etc.) pensados para as áreas de fronteira, analisar as características do território e verificar as dinâmicas de determinados sujeitos.

Desta maneira, é preciso destacar primeiramente que o aspecto favorável nesta relação é que o GTI tem como uma das propostas de ação para o desenvolvimento econômico da Faixa de Fronteira a criação de regime especial e/ou diferenciado para exportações e importações entre micro e pequenas empresas. Entre as estruturas de fomento estão as Áreas de Livre Comércio (as demais são as Zonas de Integração Fronteiriça e Zonas de Processamento de Exportações).

Outrossim, ressaltamos que o Plano de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira/MS, publicado no ano de 2012 e elaborado pelo NFMS, apresenta como meta estratégica para simplificar e agilizar a formalização dos empreendimentos comerciais na Faixa de Fronteira, "[...] a criação de novos centros comerciais e Free Shoppings nas cidades gêmeas" (MATO GROSSO DO SUL, 2012). Daí, a relevância dos órgãos que coordenam o Núcleo Regional sul-mato-grossense na cooperação dos trabalhos do GT que versa sobre a instalação de lojas francas em Corumbá/MS.

Todavia, na Zona de Fronteira da qual Corumbá/MS faz parte, os interessados também precisam levar em consideração que às ALCs são instrumentos articuladores dos níveis locais/regionais com o global e abrem precedentes para monopólios e, acima de tudo, para movimentar fluxos provenientes de atividades ilícitas (MACHADO, 2000), desta maneira, promovem evasão de divisas e são prejudiciais ao Estado. Durante a década de 1990, a implantação de ALCs coincidiu com as políticas neoliberais que estavam sendo instrumentalizadas na América Latina e, sobretudo, beneficiaram a atuação de poderosas transnacionais.

Além disso, o município de Corumbá/MS possui graves problemas no que diz respeito à infraestrutura de transporte, fundamental na circulação de mercadorias (LAMOSO, 2001; AUTOR, 2012). Condição que por um lado desestimula a atração do setor privado e por outro, com a instrumentalização do regime de ALC, os setores corporativos ao assumirem os riscos dos investimentos em uma região com tais deficiências, estruturam o território de acordo com suas lógicas de mercado, implementando sistema logístico à revelia do Estado e da sociedade.

Bem como, é preciso que as entidades de classe, as lideranças políticas e os órgãos de planejamento de Corumbá/MS convoquem para a discussão os sujeitos do "lado" boliviano daquela Zona de Fronteira, precipuamente, porque de acordo com as palavras do Deputado Dagoberto Nogueira, o projeto de lei que versa sobre a ALC para o município foi *copiado* da proposta que no passado contemplou Manaus/AM. A configuração territorial na qual está inserida a cidade de Corumbá/MS é completamente distinta da realidade efetiva de Manaus e do estado do Amazonas. Destarte, ambos os "lados" devem estar conciliados ou dotado de coalizões políticas para evitar anomalias futuras em decorrência do equivoco legislativo cometido pelo parlamentar que *copiou* diretrizes que deram certo num território na tentativa de implementá-la em outro.

## 2.4 OBSERVANDO O "LADO DE LÁ"

Destaca-se que a discussão de alguns sujeitos das classes dirigentes de Corumbá/MS acerca da criação de uma Área de Livre comércio, ao que parece também está relacionada às possibilidades de atração de investimento para o "lado" brasileiro daquela fronteira frente a uma possível mudança das regras estabelecidas pelo governo do presidente Evo Morales no que diz respeito ao Regime Especial de Zona Franca da Bolívia. De acordo com o então Secretário de Indústria e Comércio da Prefeitura de Corumbá/MS, o Sr. Pedro Paulo:

> A gente sabe que os empresários que tem lojas no "lado de lá" da fronteira já estão se movimentando, lutando dentro da Bolívia para a volta da Zona Franca, que foi extinta, "lá" [Puerto Quijarro, Arroyo Concepción] estão sendo cobrados os impostos. Mesmo assim "lá" é favorável em relação à gente, já tem quantos anos que o nosso comércio acaba tendo uma concorrência, não é uma concorrência desleal, porque temos que ir lá, agora não sei se com a instalação de várias lojas [francas] e tal e uma pressão do lado da Bolívia e volta a ser zona franca, de repente começa ser desfavorável o consumo[16].

Logo, a criação de território especial classificado como Área de Livre Comércio também se justificaria, pois existe receio quanto à "volta" do antigo Regime Especial de Zona Franca que contemplaria os estabelecimentos comerciais localizados em Puerto Quijarro/Arroyo Concepción. No entanto, é preciso sublinhar que essas áreas aduaneiras especiais na Bolívia não foram extintas, ocorreram modificações no regime especial que trata das Zonas Francas em "território" boliviano. Por meio do Decreto Supremo nº 470, de 7 de abril de 2010, o Estado Plurinacional da Bolívia criou um novo "Reglamento de Régimen Especial de Zonas Francas" [Regulamento de Regime Especial de Zonas Francas], modificado posteriormente pelo Decreto Supremo nº 2390, de 3 de junho de 2015 que realizou incorporações e modificações redação original.

O "Reglamento de Régimen Especial de Zonas Francas" trouxe disposições quanto à criação de Zonas Francas privadas e concessão destas, estabeleceu critérios para apresentação de projetos, para solicitação de concessão, criou um sujeito (Comité Técnico de Zonas Francas CTZF) para análise das solicitações, determinou prazos para concessão (cinco anos para Zona Franca comercial, com possibilidades prorrogação por mais cinco e dez anos para Zona Franca industrial, podendo ser prorrogado por mais cinco), determinou para os concessionários a criação de bancos de dados para controle de estoques, a cobrança de tributos sobre importados e, entre outras questões, versa sobre a possibilidade de criação de empresas públicas ou mistas para administrar as Zonas Francas (BOLÍVIA, 2010). Em outras palavras, o Estado boliviano, com a publicação do decreto, ampliou os mecanismos de regulação e vigilância sobre os seus territórios aduaneiros especiais.

No caso da Zona de Fronteira Brasil/Bolívia em questão, especificamente em Puerto Quijarro, o Decreto Supremo nº 470/2010 levou alguns estabelecimentos, que trabalhavam mediante as condições do regime anterior de Zona Franca, a atuarem no regime comum, pois aparentemente não atenderam as novas regras publicadas, todavia outras lojas que negociam mercadorias importadas permanecem no regime

16 Entrevista realizada em 29/09/2015.

especial, precipuamente, aqueles de elevado capital. Ao que parece, o Estado boliviano tenta estar mais presente na fronteira, sobretudo, para arrecadar divisas e controlar os fluxos do comércio. Pretendem as instâncias públicas e privadas em Corumbá/MS com o desejo de criação de Área de Livre Comércio o afastamento das instâncias estatais?

Tanto o presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Corumbá – SINDVAREJO e a Secretaria de Indústria e Comércio (quando a pasta estava sob a direção do Sr. Pedro Paulo) estavam inquietos quanto à mobilização de alguns dos setores empresariais da Bolívia em direção ao regime especial de Zona Franca em Puerto Quijarro. Desse modo, para ambos a conciliação de área de livre comércio com regime especial de loja franca iria criar condições mais equitativas naquela fronteira[17]. Neste caso pensamos que equidade significaria igualar ou harmonizar condições de comércio em ambos os "lados" da fronteira. Inserir mecanismos distintos com base nas premissas "territoriais" seria incoerência.

O novo regime especial de Zona Franca estatuído pelo Poder Executivo boliviano tem como objetivo controlar as atividades de comércio internacional e evitar evasão de divisas, as Áreas de Livre Comércio promovem o oposto (MACHADO, 2000), assim como, é litigante em relação ao Regime Aduaneiro Especial de Loja Franca, que embora beneficie o concessionário com isenção tributária, tem como escopo controlar as operações de comércio em pontos e zonas de fronteira, por isso a Receita Federal especifica como requisito a existência de um sistema informatizado de controle, como está previsto no artigo 6º, inciso IV, da Portaria nº 307/2014.

Os setores brasileiros, da Zona de Fronteira questão, envolvidos com as atividades de comércio poderiam pleitear aos órgãos federais a criação de regime-jurídico territorial que possa ser harmonizado com as normas aduaneiras para territórios especiais do Estado boliviano e conciliá-lo com o regime de Loja Franca[18]. Aqui, é preciso destacar que em nosso trabalho de campo, realizado em novembro de 2017, obtivemos a informação de que há uma articulação de alguns segmentos empresariais da Província de Germán Busch na tentativa de estabelecer no "lado" boliviano da fronteira um regime aduaneiro especial semelhante à de Zona Econômica Especial (ZEE). Conforme as palavras do Gerente de Desenvolvimento Local da Prefeitura Municipal de Corumbá/MS, o Sr. Raul Assef Castelão:

> Existe um diálogo da Prefeitura com o Comitê Institucional de Germán Busch que é a organização civil que está liderando esse processo de tentativa de criação de uma Zona Econômica Especial aqui na fronteira. E o melhor escopo seria, nós temos aqui na região as Lojas Francas ou área de livre comércio e do outro lado nós teríamos algo semelhante. A nossa intenção enquanto secretaria de Indústria, comércio e Produção Rural[19] não é pensar no desenvolvimento de Corumbá/MS. Nós entendemos que pela conurbação geográfica, nós só vamos avançar no desenvolvimento quando Ladário/MS, Puerto Quijarro e Puerto Suárez também caminharem juntos conosco.[20].

17 Declarações proferidas em entrevistas realizadas em 23/07/2015 e 25/07/2015.

18 Existem exemplos de harmonização de legislação para territórios de fronteira entre Brasil/Colômbia, Brasil/Paraguai, Brasil/Bolívia e Brasil/Uruguai. Para maiores detalhes verificar: Euzébio (2011), Costa, C. A. (2012) e Torrecilha (2013).

19 Atual da nomenclatura da Secretaria de Indústria e Comércio de Corumbá/MS.

20 Entrevista realizada em 17/11/2017.

Ainda de acordo com o Sr. Raul Assef, a proposta de criação da ZEE é uma sugestão do Governo Central Boliviano, pois houve a percepção da movimentação no Brasil acerca da criação do regime aduaneiro especial de lojas francas. A fala do servidor público é importante porque (caso a informação for verdadeira) nos incita a levantar uma questão: como as instâncias de planejamento na Bolívia e/ou na Província de Germán Busch vão conciliar os regimes de Zona Franca com o de ZEE e como posteriormente vai ocorrer à harmonização como os regimes especiais de lojas francas e área de livre comércio? São estratégias comerciais distintas do ponto de vista jurídico e empírico (embora os Zonas Francas e ZEEs sejam conceitos próximos)[21]. Esta seria uma questão que o Grupo de Trabalho poderia estar tentando responder caso estivesse em atividade.

## 2.5 O GRANDE CAPITAL: DESFAZER E SEPARAR?

Constatamos em nosso trabalho de campo que o Sindicato do Comércio Varejista de Corumbá – SINDVAREJO e a Secretaria municipal de Indústria e Comércio desejam a conciliação dos regimes (loja franca e ALC), pois também há a tentativa de proteção aos comerciantes locais contra prováveis prejuízos frente à concorrência das empresas varejistas de elevado capital (a exemplo de Shopping China, Walmart, Carrefour e outros) que poderão atuar no regime de lojas francas. Sublinha-se ainda que a Portaria nº 307/2014 cita pessoa jurídica, sem menção a esta ser nacional ou internacional.

No decorrer do ano de 2017 as inquietações se intensificavam. Primeiro porque a Receita Federal, até o mês de agosto, não havia apresentado lista negativa de bens comercializáveis, o que abria a possibilidade para se vender tudo o que a lei não proibia. Segundo, pois restavam dúvidas a respeito de como seria regulado o sistema de tributação municipal com a instalação do Regime especial de Loja Franca e posteriormente sua harmonização ao regime de ALC. Em consonância com o Sr. Otávio Philbois, uma proposta seria a criação de "uma taxa de operação municipal por metro quadrado para todas as empresas que eventualmente não tivessem tido alvará no município nos últimos cinco anos"[22].

Os afligimentos supracitados e aqueles relacionados à concorrência dos estabelecimentos de elevado capital futuramente credenciados como lojas francas se ampliaram após as informações da Receita Federal acerca do patrimônio líquido que os estabelecimentos comerciais teriam que possuir para poderem atuar.

No dia 07 de dezembro de 2017 foi realizado o seminário promovido pela União dos Legisladores e Legislativos Brasileiros (Unale) que foi palco de esclarecimentos sobre a lei nº 12.723/2012 e de sua regulamentação pela Receita Federal. O evento ocorreu um dia antes do término do prazo para envio de propostas a fim de subsidiar a elaboração da Instrução Normativa que atualmente dispõe sobre as atividades relacionadas ao regime de lojas francas, quando localizadas em fronteiras terrestres. Durante a reunião pública os representantes da Receita Federal apontaram que a intenção era estabelecer como critério para credenciamento no regime somente estabelecimentos

21 Para maiores detalhes sobre Zonas Francas e Zonas Econômicas Especiais, consultar: PINTO (1992); LIANG (1999) e ARITENANG (2009).

22 Entrevista realizada no dia 18/08/2017.

comerciais com no mínimo de R$ 5.000.000 (cinco milhões de reais) de patrimônio líquido.

Em janeiro de 2018, tivemos mais uma vez a oportunidade de entrevistar o presidente do SINDVAREJO. De acordo com o Sr. Otávio Philbois, que participou do seminário supra indicado, a proposta oriunda da Receita Federal não agradou. Este critério favoreceria empresas com elevado capital e excluiria as pequenas e médias do processo, haja visto a possibilidade de muitas não serem dotadas de tal capital.

Opinião compactuada pelo Sr. Aldir Comunello, 2º vice-presidente da Associação Comercial de Corumbá – ACIC. Este sindicalista nos informou, também em janeiro de 2018, que as propostas enviadas pelo sindicato dos comerciários e pela associação comercial de Corumbá/MS na consulta pública realizada pela Receita Federal coincidiam no sentido de preservar o comerciante local. As propostas encaminhadas foram: a) concessão ao regime de lojas francas, as empresas que já estivessem atuando, no mínimo, 10 anos nas cidades de fronteira, independentemente, do patrimônio líquido e b) concessão aos estabelecimentos que repassassem a União uma garantia com valor mínimo entre R$ 250.000 (duzentos e cinquenta mil) e R$ 1.000.000 (um milhão de reais), sob a forma de cheque calção.

Esta questão de classe ficou ainda mais indefinida, pois no dia 16 de março de 2018 foi publicada a Instrução Normativa nº 1799 da Secretaria da Receita Federal que estabeleceu normas complementares à Portaria nº 307/2014. No que tange as condições e requisitos para a concessão das empresas ao regime, o artigo 5º da primeira, no inciso X e parágrafo 3º, define que devem possuir patrimônio líquido igual ou superior a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e se caso não atender ao requisito:

> [...] poderá obter a concessão desde que mantenha garantia em favor da União em valor igual ou superior a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais); ou no valor correspondente à diferença entre o seu patrimônio líquido e esse limite, sob a forma de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro aduaneiro (BRASIL, 2018).

Esta deliberação passou ao largo daquelas pensadas pelo SINDVAREJO e ACIC de Corumbá/MS. Em janeiro de 2018, os sindicalistas das mencionadas entidades nos informaram que caso a Instrução Normativa estabelecesse condições adversas para que as empresas localizadas no município pudessem participar da concessão, a solução seria pressionar o poder público municipal para publicar uma lei desautorizando a instalação do regime aduaneiro em Corumbá/MS ou lei que viabilize a segregação espacial e distanciamento das grandes empresas (credenciadas no regime de loja franca) da área na qual se localiza o centro comercial.

As intenções supramencionadas pelos dirigentes, a nosso ver, são pífias. Primeiro porque há o envolvimento da cena política e dificilmente o poder executivo e a câmara municipal vão discutir e criar lei que impeça a instalação do regime aduaneiro de loja franca (já autorizado no município), justamente no momento em que a Instrução Normativa nº 1799 da Secretaria da Receita Federal foi publicada, sinalizando que empresas com capital considerável podem se instalar em Corumbá/MS, algo que se transforma em capital político (eleitoral especificamente) para os parlamentares

Segundo, pois empresas com elevado capital exigem dos órgãos públicos vantagens locacionais e financiamento de infraestrutura com recursos públicos e assim o fazem

porque financiam campanhas. Assim, os grandes grupos também possuem interesses de classe e fazem pressão ao poder público. Geralmente, é o parlamentar (deputado estadual, prefeito, vereador e outros) que "prepara o terreno" para a instalação dos grandes grupos. É inconcebível pensar que as pressões dos agentes locais do comércio vão influenciar a decisão do poder público frente empresas de grande porte que podem gerar mais empregos (e consequentemente mais votos) do que todos os demais estabelecimentos juntos. Em nossa opinião ações de impingindo limites de atuação e obliteração de tais empresas, via lei municipal, é praticamente impossível.

A solução não está na publicação de leis que desautorizem o novo regime ou distanciem essas empresas do centro comercial. Mas sim a criação de programas e normas que regulem os estabelecimentos dessas empresas com elevado capital no sentido de promoverem a expansão do comércio naquela fronteira, de estimularem a criação de outras demandas no setor de serviço e possibilitar que o poder público e o setor privado produzam outros programas de qualificação, inclusão social e fóruns de debate. Para tal os membros das sociedades das quatro cidades que compõem a Zona de Fronteira em questão precisam participar dos processos decisórios. As políticas de ordenamento do território em qualquer município daquela fronteira devem ser pensadas em diálogos amiúdes de ambos os "lados".

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Receita Federal é um organismo que possui uma lógica macroterritorial de planejamento, quando pensa nas regulações o faz para proteger o "território nacional", aparentemente, não considera as particularidades territoriais, assim, são os agentes locais os responsáveis pela sinalização das singularidades do território. No caso da Zona de Fronteira Brasil/Bolívia e desta discussão, os agentes locais são os sujeitos que compõem e participam do setor de comércio de ambos os "lados".

O Grupo de Trabalho, instituído pelo Decreto municipal nº 1.432/2014, seria um ótimo instrumento para articular os diversos setores que atuam no comércio daquela Zona de Fronteira e impingir pressões aos organismos federais. Todavia, o GT, passado quase quatro anos de sua criação, até o momento em que realizamos o nosso último trabalho de campo (janeiro de 2018) não havia iniciado as atividades.

Aparentemente, alguns sujeitos em Corumbá/MS não estão dispostos a discutir com o "outro lado da fronteira" questões que são inerentes a ambos os "lados". O que constamos por ora é que as divergências entre a lógica macroterritorial de intervenção da Receita Federal e realidade do território não estão sendo debatidas, logo, tal dissonância se não for refletida pode acarretar alguns encaminhamentos que, na nossa opinião, não serão benéficos nem para os comerciantes brasileiros muito menos para os bolivianos. A instrumentalização do Grupo de Trabalho seria fundamental como mecanismo subsidiário para os órgãos públicos federais, em especial a Receita Federal, realizarem as adequações normativas necessárias à realidade daquela Zona de Fronteira, permitiria aos envolvidos transformar a escala local em arena política, nesse caso, *todos* os sujeitos da Zona de Fronteira devem participar.

Desta maneira, faz-se necessário a operacionalização do Grupo de Trabalho ou de uma comissão binacional para que os participantes possam debater:

a. Formas de harmonização jurídico-territorial entre Brasil e Bolívia que possibilitem a conciliação entre o regime de Loja Franca, Zona Franca, Zona Econômica Especial e com a estrutura de Área de Livre Comércio (haja vista isso ser, aparentemente, um desejo de alguns sujeitos do "lado" brasileiro);

b. A formulação de assessoria jurídica para pensar em alternativas, caso os regimes não possam a ser conciliados;

c. A formação de subgrupos de trabalho, formados por sociólogos, geógrafos, juristas, antropólogos, historiadores, economistas, analistas em relações internacionais e outros para pensar/elaborar políticas públicas que possam estar associadas à rede de relações que poderá por ser estabelecida com a instalação do regime de Lojas Francas, especialmente no que tange a geração de empregos e qualificação profissional;

d. A criação de subgrupos de trabalho para discussão/elaboração de diagnósticos (estudos) que identifiquem as futuras inarmonias na relação entre regime aduaneiro comum e especial, bem como, para elaborar planos (de prevenção e emergência) que visem mitiga-las;

e. A constituição de subgrupos de trabalho para realizar levantamentos a respeito de quais serão as consequência em decorrência da concessão de empresas de grande capital ao regime de loja franca;

f. O estabelecimento de subgrupos de trabalho para discutir a publicação de normas que regulem a atuação de empresas de grande capital no que tange a: direitos trabalhistas, política de preservação e/ou conservação do meio ambiente, retorno social no setor da educação e cultura (exigindo que a porcentagem dos recursos investidos sejam de acordo com os lucros reais dessas empresas), discussão pública e transparente dos critérios para estabelecimento de desoneração tributária por parte dos órgãos públicos (municipais e estaduais), criação de fundo municipal/transfronteiriço destinado a manutenção de instâncias que tenham como objetivo criação e execução de políticas públicas para a Zona de Fronteira Brasil/Bolívia;

g. A elaboração de subgrupos de trabalho para verificar quais estabelecimentos podem ser concessionários do regime de Loja Franca naquela Zona de Fronteira, bem como, pensar em consórcio de empresas (com acionistas brasileiros e bolivianos) para participar do processo de credenciamento no regime de lojas francas;

h. A elaboração de catálogo dos produtos comercializados nos estabelecimentos das cidades-gêmeas que compõem aquela Zona de Fronteira. Instrumento importante para auxiliar a Receita Federal quanto à confecção da lista negativa dos bens;

i. As lacunas da Portaria nº 307/2014, como, por exemplo, a inexistência de isenção tributária para bens nacionais, o artigo 13 especifica produtos importados;

j. A realização das reuniões participativas para recolher subsídios junto aos diversos segmentos da sociedade daquela fronteira. Metodologia importante, pois possibilita a aproximação da pluralidade de ideias dos cidadãos e das entidades em geral interessados no assunto com a concepção técnica dos órgãos de planejamento;

k. Os prazos para apresentação, aos setores sociais interessados, dos relatórios referentes ao processo (Este procedimento é importante para a realização das reuniões participativas); e

l. A realização das audiências públicas para expor os resultados.

Esses são alguns pontos que poderiam ser debatidos, são questões gerais que possuem espraiamentos por conta das especificidades. Bem como, o Grupo de Trabalho ou comissão binacional, poderá realizar diálogo mais consistente com os órgãos federais, especialmente a Receita Federal. Esta infere no território por meio de política do tipo *Top-down*, ou seja, de cima para baixo, porque dá primazia a escala estatal e centraliza a política de tomada de decisões, método de ação que no caso das cidades-gêmeas acarreta dissonâncias, visto a escala do território (micro) *atravessar* normas mais generalizantes.

## REFERÊNCIAS

ARRETCHE, M. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil.* Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ARITENANG, A. F. *A comparative study on free trade zone: development through spatial economic concentration.* Jurnal Perencanaan Wilayah dan Kota. Vol. 20, nº. 2 Agustus, 2009.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.*

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988 com alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nº 1/92 a 32/2001 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. *Proposta de reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira.* Brasília: MIN, 2005.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF nº 440, de 30 de julho de 2010.*

BRASIL. *Grupo de Trabalho Interfederativo de Integração Fronteiriça. Bases para uma Proposta de reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira.* Brasília: GTIIF, 2010.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei 12.723, de 09 de outubro de 2012.*

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. *Portaria n º 125, de 21 de março de 2014.* Republicada em 26 de março de 2014.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF nº 307, de 17 de julho de 2014 (b).*

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF nº 320, de 22 de julho de 2014 (c).*

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF nº 415, de 26 de junho de 2015.*

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF nº 289, de 30 de Junho de 2016.*

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria MF nº 307, de 29 de junho de 2017.*

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Instrução Normativa RFB Nº 1799, DE 16 de março de 2018.*

BOLÍVIA. *Reglamento de Régimen Especial de Zonas Francas.* Decreto Supremo nº 470, de 07 de abril de 2010.

*BOLÍVIA. Decreto Supremo nº 2390, de 03 de junho de 2015.*

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PROJETO DE LEI N° 6.316/2009.* Disponível em:http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=457359. Acesso em 15 out. 2013.

CANAL 10 RIVERA. *Inspector Adilson Valente - Jefe Receita Federal Santana do Livramento.* In:<https://www.youtube.com/watch?v=jMy5UWV-Uks>. Acesso em 25 jan. 2015.

CIDADE BRANCA. *Exclusivo: Dagoberto fala sobre área de livre comércio aprovada em Corumbá,* 2018. Disponível em:< http://www.cidadebranca.com.br/exclusivo-dagoberto--fala-sobre-area-de-livre-comercio-aprovada-em-corumba/>. Acesso em 20 abr. 2018.
CONFAZ. *Conselho Nacional de Política Fazendária. CONVÊNIO ICMS 4, de 15 de janeiro de 2014.*

COSTA, C. A. *A construção da concepção de natureza na fronteira de Ponta Porã/BR - Pedro Juan Caballero/PY e a produção do urbano.* Dissertação (Mestrado em Geografia) – Faculdades de Ciências Humanas, Universidade Federal da Grande Dourados, 2012.

EUSÉBIO, E. F. *Fronteira e Horizontalidade na Amazônia: As cidades-gêmeas de Tabatinga (Brasil) e Letícia (Colômbia).* Dissertação (Mestrado em Geografia) – Faculdades de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de São Paulo, 2011.

AUTOR. *O Título da referência foi omitido para não haver identificação da autoria em decorrência do parecer às cegas.* 2015.

AUTOR. *O Título da referência foi omitido para não haver identificação da autoria em decorrência do parecer às cegas.* 2012.

G1. *Governo recua e suspende redução de cota de importação por terra.* 2014. Disponível em:<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2014/07/governo-recua-e--suspende-reducao-de-cota-de-importacao-por-terra.html>. Acesso 10 Ago. 2014.

LAMOSO, L. P. *A exploração do minério de ferro no Brasil e no Mato Grosso do Sul.* Tese (Doutorado em Geografia) – Faculdades de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de São Paulo, 2001.

LIANG, Z. *Foreign investment, economic growth, and temporary migration: The case of Shenzhen special economic zone, China.* Development and Society, 28.1, 1999.

MACHADO, L. O. *Limites e Fronteiras: da alta diplomacia aos circuitos da ilegalidade.* Revista Território, Rio de Janeiro, ano V, nº 8, pp. 7- 23, jan./ jun., 2000.
MATO GROSSO DO SUL. Governadoria Municipal de Corumbá/MS. Gabinete do prefeito. *Decreto nº 1.432, de 21 de outubro de 2014.*

MATO GROSSO DO SUL. Núcleo Regional de Integração da Faixa de Fronteira do Estado de Mato Grosso do Sul NFMS. *Plano de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira/MS*, 2012.

RADIOCULTURA. *Prefeitos de Foz e Cidade do Leste tentarão suspender diminuição de cota.* 2014. Disponível em: <http://www.radioculturafoz.com.br/prefeitos-de-foz-e-cidade-do-leste-tentarao-suspender-diminuicao-de-cota/#.WaCFDGdhkdU>. Acesso em 4 ago. 2017.

SILVA, T. V.; PRADO, H. S. A. *Lojas francas na fronteira: breves apontamentos sobre a Lei nº. 12.723/2012.* Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 20 out. 2014.

SOMBRA SARAIVA, J. F. *Federalismo e Relações Internacionais do Brasil*. In: ALTEMANI. H; LESSA A. C. (Orgs.) Relações Internacionais do Brasil: Temas e Agenda. São Paulo: Saraiva, 2006.

PERPÉTUO, R. O. "Estudo de caso – Município de Belo Horizonte". In: Marcovitch, J. (Org.) *Relações Internacionais de Âmbito Subnacional: A Experiência de Estados e Municípios no Brasil.* São Paulo: Instituto de Relações Internacionais-Universidade de São Paulo, 2014.

POULANTZAS, N. *O Estado, o poder, o socialismo.* 3º ed. Rio de Janeiro- RJ. Brasil. Trad. Rita Lima, 2000.

PINTO, E. R. F. *Zona Franca de Manaus e o desenvolvimento regional.* São Paulo em Perspectiva, 6.1-2. 1992.

TORRECILHA, M. L. *A gestão compartilhada como espaço de integração na fronteira: Ponta Porã (Brasil) e Pedro Juan Caballero (Paraguai).* 2013. Tese (Doutorado em Geografia) – FFLCH - USP, Universidade de São Paulo.

RECEBIDO EM: 07/05/2018
APROVADO EM: 02/07/2018

# OS FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DA ADPF 54 E DO HC 124.306

## *THE FUNDAMENTALS OF AUTONOMY FOR THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT AT THE ADJUCATED OF THE CLAIM FOR NON-COMPLIANCE OF BASIC PRINCIPLES (ADPF) 54 AND THE HABEAS CORPUS (HC) 124.306*

**Janaína Reckziegel**[1]

**Cassiane Wendramin**[2]

**RESUMO:** A análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e do *Habeas Corpus* n. 124.306, ambos do Supremo Tribunal Federal, foi realizada com o objetivo de extrair dos julgados as pontuações relevantes dos Ministros no tocante à conceituação de autonomia como argumento principal dos votos, diante da possível colisão do direito à vida do feto e da autonomia da gestante e verificar se as definições de autonomia apostas pelos julgadores referem-se à compreensão de autonomia privada. Procedeu-se uma pesquisa teórica, pautada no método de estudo de caso, que, utilizando-se da metodologia analítica, examinou inicialmente as definições de autonomia dispostas pelos julgadores que formaram suas razões decisórias. Como resultado da presente pesquisa, concluiu-se que para a Corte a autonomia da gestante prevalece ao direito à vida do feto anencefálico ou até o primeiro trimestre gestacional, diante da inviabilidade de vida extrauterina desses fetos, detectando-se que para comporem o conceito de autonomia das razões de decidir, os julgadores pautaram-se na definição de autonomia privada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia. Autonomia Privada. Interrupção da Gestação. Supremo Tribunal Federal.

1 Doutora em Direitos Fundamentaise Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Especialista em "Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura" e em "Educação e docência no ensino superior". Graduada em Ciências Jurídicase Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Professora e Pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Advogada e Professora Universitária. E-mail: *janaina.reck@gmail.com*

2 Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Chapecó/SC, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos. Advogada. Professora Universitária. E-mail: *cassi.wen@hotmail.com.*

**ABSTRACT:** The analysis of the Claim for Non-Compliance of Basic Principle number 54 and the Habeas Corpus number 124.306, both of the Supreme Federal Court, was carried out with the objective of extract from the adjucated the relevant Ministers' points regarding the conceptualization of autonomy as the main argument of the votes, in view of the possible collision of the fetus' right to life and the autonomy of the pregnant woman and to verify if the definitions of autonomy placed by the judges refer to the understanding of private autonomy. A theoretical research, based on the case study method, was carried out, which, using the analytical methodology, initially examined the definitions of autonomy placed by the judges who formed their reasons for decision. As a result of this research, it was concluded that for the Court the autonomy of the pregnant woman prevails on the right to life of the anencephalic fetus or until the first gestational quarter, in view of the unviability of extrauterine life of these fetuses, finding that, in order to compose the concept of autonomy of the reasons for deciding, the judges were based on the definition of private autonomy.

**KEYWORDS:** Autonomy. Private Autonomy. Interruption of the Pregnancy. Brazilian Supreme Federal Court.

## INTRODUÇÃO

A repulsa social e moral que gera a descontinuação da gestação mediante um ato unilateral da gestante ocorre pela colisão entre direitos humanos fundamentais, de um lado o direito à vida do feto e, de outro, a autonomia da gestante.

E não é novidade a discussão social sobre o assunto, notadamente porque para alguns, a gestante sofre física e psicologicamente ao manter uma gestação na qual o feto não viverá extrauterinamente, como no caso da anencefalia e, para outros, não é dado o poder de decisão antecipadamente a outrem a respeito da vida do próprio feto, uma vez que, mesmo que por pouco tempo, poderá existir vida nesse feto.

Exatamente por conta dessa aparente violação a direitos fundamentais é que a Corte Suprema brasileira foi instada a se manifestar em duas situações específicas – e consideradas as principais para o assunto – a interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF 54) ou até o primeiro trimestre da gestação (HC 124.306), marcadas como uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal, de modo que manifesta a importância da análise dos precedentes e do posicionamento da corte em relação à temática, porquanto evidencia a tensão existente entre os direitos colidentes.

Justamente por isso, e com a intenção de analisar os argumentos delineados pelo Supremo Tribunal Federal em relação à concepção de autonomia, pautando-se no método de estudo de caso e utilizando-se a metodologia analítica, é que se procedeu ao exame da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e do *Habeas Corpus* n. 124.306.

Desse modo, a primeira parte do trabalho analisa o conteúdo fático dos precedentes, traçando uma narrativa didática acerca dos julgados, enfatizando-se pontos relacionados à autonomia e direitos fundamentais, para, na sequência, contextualizar especificamente as razões jurídicas de decidir aventadas nos casos em análise, notadamente quanto aos argumentos relacionados ao tema em voga – autonomia.

Por fim, a partir do referencial teórico kantiano de dignidade da pessoa humana e autonomia, pondera-se a conceituação de autonomia visando detectar se as definições de autonomia utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos analisados enquadram-se à concepção dogmática de autonomia privada, já que a Corte entendeu, em sua maioria e consubstanciada nas influências do Ministro Luís Roberto Barroso, que prevalece a autonomia da gestante para decidir livremente sobre a interrupção ou não da gestação anômala, diante da inviabilidade de vida extrauterina do feto, tanto na anencefalia quanto durante o primeiro triênio gestacional, inferindo-se que, apesar de o termo "autonomia privada" não constar expressamente nos julgados, intrínseca e substancialmente está disposta nas razões de decidir.

## 1 EXPOSIÇÃO SUMÁRIA DOS JULGADOS DOS SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF 54 E HC 124.306

Com o objetivo de contextualizar didaticamente os precedentes que compõem o presente trabalho, necessária a separação em ordem cronológica e individual dos julgados, para que seja possível enfatizar os argumentos relacionados à autonomia e direitos fundamentais que se encontram em cada um deles. Ressalta-se, no entanto, que sobressaindo as questões envolvendo a autonomia não significa considerar de somenos importância os demais argumentos lançados nas razões de decidir de cada julgador, porém, em virtude da temática proposta no trabalho, importante salientar aqueles que têm conexão com o tema.

### 1.1 A DESCONTINUAÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO – ADPF N. 54

Em 17 de junho de 2014, a ação constitucional proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada à época pelo (ex-)advogado Luís Roberto Barroso, visou declarar a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal[3] (BRASIL, 1940), nos casos de antecipação terapêutica da gestação de feto anencefálico, previamente diagnosticada por profissional habilitado, buscando garantir o direito subjetivo da gestante de interromper a gravidez, nesse caso sem a necessidade de prévia autorização judicial ou permissão estatal para tal fim.

As razões lançadas no petitório envolviam os preceitos fundamentais dispostos nos artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana); 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da

3 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.
Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.
Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

Carta da República, à medida que o Poder Público, investido da função judicante (juízes e tribunais), estava interpretando os artigos do Código Penal (124, 126 e 128, I e II) sem considerar os princípios fundamentais, considerando a conduta de interrupção de gestação de feto anencéfalo como penalmente típica.

O principal argumento dos pedidos embasava-se na inviabilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo que, segundo comprovação médica, possui remota possibilidade de sobrevivência, de modo que a conduta da interrupção de feto com a anomalia não se subsumiria ao tipo penal do aborto, pois não haveria vida, bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Contrapunha-se a proteção do direito à preservação da vida do nascituro com a liberdade e autonomia da gestante.

O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, liminarmente concedeu não somente o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também reconheceu *ad referendum* o direito constitucional da gestante de submeter-se a procedimento de descontinuação da gestação de feto anencefálico a partir de laudo médico atestando a anomalia. Apesar disso, no ano seguinte sua decisão foi revisada pelo pleno Tribunal, o qual manteve a suspensão do andamento dos processos e decisões não definitivas, reformando o ponto que permitiu o aborto de fetos anencefálicos.

Somente 8 (oito) anos após o ajuizamento da ação, em 12 de abril de 2012, é que o plenário da corte analisou e julgou definitivamente a ADPF 54, obtendo-se, na ocasião, 8 (oito) votos favoráveis à procedência do pedido, dos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Brito, Celso de Mello, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa, permitindo-se a interrupção da gestação; 2 (dois) votos pela improcedência, manifestados pelos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski; e 1 (um) voto, do Ministro Dias Toffoli, que se declarou impedido diante de sua atuação na Advocacia-Geral da União.

O julgamento abordou um tema conflituoso tanto para o direito quanto para a sociedade e também impulsionou a corte suprema a se posicionar juridicamente para definir o alcance constitucional do conceito de vida e sua tutela normativa. Do acórdão de relatoria do Ministro Marco Aurélio depreendem-se alguns pontos que merecem destaque:

I. A preocupação dos juristas em definir o conceito de aborto, que está ligado à interrupção da gestação de feto sadio, situação diversa quando se trata de feto anômalo;

II. O esforço para fundamentar os conceitos de anencefalia e vida, já que são contraditórios, porquanto o anencéfalo não tem potencialidade de vida diante da ausência total ou parcial do encéfalo, parte superior do sistema nervoso central que controla o organismo, de modo que o conflito entre direitos fundamentais (direito à vida e dignidade da mulher) é apenas aparente;

III. Ainda, porque a Constituição Federal tutela o indivíduo enquanto pessoa, o feto anencéfalo não teria especial proteção estatal, uma vez que não há potencialidade de vida extrauterina, e, supondo-se que existisse, essa vida não ultrapassaria algumas horas, motivo pelo qual, em uma hipótese de conflito, prevaleceriam os direitos à dignidade, liberdade, autodeterminação, saúde,

sexuais e reprodutivos da mulher, diante da perpetuidade deles, argumentos embasados na ADI n. 3.510[4];

IV. Concluiu-se, por fim, pela inconstitucionalidade da interpretação de que a descontinuidade da gestação de feto anencefálico se amolda à conduta típica dos artigos 124, 126 e/ou 128, incisos I e II, todos do Código Penal (MELLO; BARBOZA, 2015).

Infere-se, assim, a preocupação da corte em delinear o objeto analisado juridicamente visando evitar que aquela decisão fosse capaz de servir como precedente para uma futura possível descriminalização do aborto, deixando claro desde o início que se lidava com a inviabilidade de vida futura do anencefálico, o qual, na remota hipótese de conseguir nascer, sobreviveria por apenas algumas horas.

## 1.2 O ABORTO REALIZADO NO PRIMEIRO TRIMESTRE GESTACIONAL – *HABEAS CORPUS* 124.306

A análise pelo Supremo Tribunal Federal do HC 124.306, ao contrário do que ocorreu na ADPF 54, deu-se a partir de um processo jurídico criminal, no qual Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, que mantinham uma clínica de aborto na cidade de Duque de Caxias/RJ, foram presos em flagrante, em 14 de março de 2013, por infringirem os dispositivos dos artigos 126 (aborto provocado por terceiro) e 288 (quadrilha ou bando à época, atual associação criminosa), ambos do Código Penal.

Em razão da prisão, as partes requereram a concessão de liberdade provisória, a qual foi deferida pelo juízo da 4ª Vara Criminal sob o argumento de que as infrações eram de médio potencial ofensivo e, logo, permitiriam a conversão em penas restritivas de direitos de regime aberto. Apesar disso, o Ministério Público estadual interpôs recurso em sentido estrito[5] que foi provido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 25 de fevereiro de 2014, e, por consequência, expediram-se os mandados de prisão.

Os acusados então impetraram *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC n. 290.341), o qual foi indeferido liminarmente (BRASIL, 2014). A defesa buscou a proteção da liberdade de locomoção dos pacientes em novo pedido de *habeas corpus* agora

4 A ADI n. 3.510 questionou a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, oportunidade em que o STF teve que delimitar qual o conteúdo e a extensão do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, concluindo pela constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 11.105/2005 Lei de Biossegurança), desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Pontuou-se no acórdão que: "Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ('*in vitro*' apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição." (BRASIL, 2008).

5 Autos n. 0065502-27.2013.8.19.0000.

no Supremo Tribunal Federal, que originou o precedente em análise (HC n. 124.306), e, liminarmente, o Ministro relator Marco Aurélio deferiu o pedido concedendo liberdade aos réus até o julgamento final do processo.

No julgamento de mérito, presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Em voto-vista dos autos, o Ministro Barroso inicialmente manifestou-se no tocante ao *habeas corpus*, entendendo pela ausência dos requisitos autorizadores da custódia. No entanto, foi além e adentrou na inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, ao argumento de que "para ser compatível com a Constituição a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal." (BRASIL, 2016, p. 12).

A Ministra Rosa Weber, em voto concorrente, também se manifestou especificamente no que diz respeito ao ponto da inconstitucionalidade, pontuando que cabe interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre.

Vencido o voto do Ministro Marco Aurélio quanto à admissão do *habeas corpus*, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu, por maioria, pelo descabimento do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional, justamente pela inadequação da via eleita, contudo, de ofício, afastou a custódia preventiva, inicialmente porque não se encontravam preenchidos os requisitos autorizadores do artigo 312 do Código de Processo Penal e, além disso, pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto na descontinuidade da gestação no primeiro trimestre.

Não é demais mencionar que, apesar de ter sido uma decisão isolada e, portanto, sem efeito *erga omnes* nem vinculante, o fato é que impinge à sociedade mudanças, tanto é que, como bem apontado por Steinmetz e Reckziegel (2017, p. 764), serviu de influência ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442[6] que objetiva que o Supremo Tribunal Federal "declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126, do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas."

Os principais pontos do precedente em análise foram salientados com o objetivo de ressaltar exatamente em quais argumentos a temática se pautará e, notadamente, examinará as questões jurídicas envolvendo os conflitos entre direitos apontados nos julgados.

6 Na petição inicial desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a parte autora requereu, ao argumento de que presentes os requisitos da plausibilidade do direito (*fumus boni juris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*), a concessão de medida cautelar para: (i) suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; (ii) reconhecimento do direito das mulheres de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento (BRASIL, 2017).

## 2 ARGUMENTOS JURÍDICOS DOS JULGADOS RELACIONADOS À AUTONOMIA

Para fundamentar os argumentos dos precedentes citados, os julgadores não se pautaram apenas na dignidade da pessoa humana e autonomia e, diante disso, faz-se necessária a contextualização jurídica dos fundamentos dos julgados, deixando para este momento a análise dos pressupostos que tocam a discussão e posicionamento do órgão a respeito dos direitos fundamentais em voga, a iniciar, cronologicamente, pela ADPF 54.

### 2.1 DISCUSSÃO DO DIREITO À VIDA *VERSUS* LIBERDADE E AUTONOMIA DA MULHER NA ADPF 54

Primeiramente deve-se relevar o fato de que não há na legislação brasileira um comando normativo que define o início da vida, ao contrário, tal conceito é discutível inclusive quando se trabalha a doutrina médica, e, além disso, para que se possa falar em direito à vida é necessário analisar se para os fetos anencefálicos há ou não o início da vida.

Nesse ponto da discussão, os ministros não chegaram a um consenso. Alguns definiram que para que haja vida se faz necessária a existência de atividade cerebral. Outros, entenderam indispensável a potencialidade de vida extrauterina. E, ainda, a Ministra Rosa Weber aludiu à capacidade do indivíduo em fazer parte do convívio social.

O conceito de morte cerebral, adotado pela Lei n. 9.434/97[7] é a razão de ser do argumento da atividade cerebral relevado por alguns ministros, segundo o qual haverá morte encefálica quando inexistir atividade cerebral. Ocorre que, conforme aduziram os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, morte encefálica e anencefalia são distintas, cuja diferença reside no fato da autonomia cardíaca e respiratória que o indivíduo possui mesmo sendo anencéfalo, enquanto que na morte encefálica a pessoa só permanece viva com auxílio de aparelhos.

Por sua vez, para o Ministro Marco Aurélio, a potencialidade de vida extrauterina seria uma espécie de conceito biológico, enquanto que o Ministro Joaquim Barbosa entendeu como sendo uma definição jurídica, complicando ainda mais a delimitação. Fato é que, em que pese a dissonância entre os posicionamentos para definir "vida", prevaleceu como tese defendida o não reconhecimento de vida ao feto anencéfalo por não possuir vida extrauterina viável.

Infere-se, portanto, do precedente que a maioria dos ministros entendeu que a proibição do aborto se faz necessária à medida que se deve proteger a potencialidade de vida extrauterina. Todavia, a proteção do direito à vida comporta gradações, de modo que possibilitam desqualificar a proteção à vida do feto anencéfalo pelo fato de não ser pessoa humana ou não estar no grau de desenvolvimento completo, quando então, na ponderação, faz-se prevalecer os direitos da mulher.

7 Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Verifica-se então que não se está em colisão direta o direito à vida e os direitos da gestante, já que, sendo o feto anencéfalo, não haverá vida extrauterina em potencial, e, então, o conflito é "apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida." (BRASIL, 2012, p. 54).

Marchiori (2012, p. 44), nesse sentido, sintetizou (muito bem) os argumentos de ponderação dos ministros, e concluiu que "[...] nenhum decidiu exclusivamente com fundamento numa ponderação pura e simples entre a vida do feto anencéfalo e os direitos à liberdade, autonomia, privacidade e direitos reprodutivos da mulher." Dentre as decisões, pôde-se verificar que "(i) se considerou inexistente a vida biológica e/ou jurídica desse feto, não havendo óbice para proibir a mulher de interromper a gravidez e exercer seus direitos – nesse caso nem haveria ponderação"; ainda, "(ii) se reconheceu a vida, mas como merecedora de tutela jurídica menos intensa, daí a ponderação prevalecer para o lado dos direitos femininos." Por fim, teve quem "(iii) tenha considerado a vida como valor preponderante (Cezar Peluso); ou, então, (iv) nem tenha admitido a ponderação (Gilmar Mendes, Lewandowski)."

Denota-se que os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa entenderam que os direitos à liberdade, à autonomia, à privacidade, sexuais e reprodutivos da mulher seriam fundamento para a resolução da demanda. Quanto, todavia, ao que fundamentaram ser autonomia da mulher nesse processo de decisão sobre o aborto de feto anencéfalo, infere-se que o Ministro Marco Aurélio pontuou que o que se pretendeu foi assegurar à mulher o "direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças", visto que se tem nas mãos o direito dela de se "autodeterminar, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina." Sendo assim, "estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres." Para ele, ainda, o ato de obrigar a mulher a manter o feto seria equiparado ao cárcere privado de seu próprio corpo, de modo que a desproveria do "mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelhando-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido." (BRASIL, 2012, p. 68).

A Ministra Carmem Lúcia, em um tópico de seu voto que denominou "Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana", citou Immanuel Kant (apud RABENHORST, 2001, p. 33) para descrever que "[...] a liberdade é mais do que a simples ausência de impedimentos externos. Livres são aqueles que fazem suas próprias escolhas, embasados em determinados princípios. Dessa forma, apenas os seres racionais gozam da liberdade." (BRASIL, 2012, p. 46). Referiu-se, ainda, a diversos autores que erigem a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais e também do qual emanam os demais direitos fundamentais, concluindo que há afronta à dignidade humana à maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico que "determina a continuidade de gestação, da qual não resultará, no estágio atual do conhecimento médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência, inclusive em sua relação aos concidadãos por colocá-los em situação de criminalidade." (BRASIL, 2012, p. 50).

Adotando esse posicionamento, a Ministra Rosa Weber, já no início de seu raciocínio, pontua sobre a liberdade do indivíduo, asseverando que todos são "livres para

escolher os seus modos de vida e iguais em direitos e deveres para que possam desenvolver suas liberdades e respeitem os demais." (BRASIL, 2012, p. 115), e, nessa proposição não se pode impor superioridade entre liberdade e igualdade, pois são condições à convivência dos demais valores, de modo que a solução para o caso é a aplicação da fórmula da proporcionalidade em sentido estrito.

Explanou que os direitos constitucionais envolvidos no caso são: direito de proteção (feto) contra direito de defesa (da gestante). E nessa divisão das razões, o quociente resulta a favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto, visto que proteger a gestante nessa situação é "garantir a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental." (BRASIL, 2012, p. 135).

O Ministro Joaquim Barbosa questionou se, diante da vida extrauterina inviável do feto, o direito à vida deve ser garantido ainda no mesmo grau de proteção? E concluiu e explicou que não, isso porque "a norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação." (BRASIL, 2012, p. 150). Na ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, "a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, prevalece a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal." (BRASIL, 2012, p. 149).

Em oposição aos argumentos dos demais mencionados, o Ministro Cezar Peluso, que votou pelo enquadramento da interrupção da gravidez anencefálica ao tipo delitivo do aborto, justificou que a liberdade e autonomia jurídicas não podem ser aventadas para o caso, visto que há previsão legal que tipifica a conduta. Para ele "a conduta censurada transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto anencefálico." (BRASIL, 2012, p. 383).

Pontuou, ademais, que o princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade "são limitados pela existência das leis constitucionais. Onde a lei o considera criminoso, e por isso proíbe certo comportamento, não há espaço de liberdade jurídica, não há possibilidade teórica de invocação do princípio da liberdade nem da legalidade. Já estão pré-excluídos." (BRASIL, 2012, p. 384).

A partir do exposto, denota-se que o argumento da autonomia é comum aos ministros, apesar de eles não a conceituarem isoladamente, apenas utilizando a situação fática como argumento. Contudo, pode-se deduzir da linha de fundamentação utilizada pelos julgadores que a concepção da definição da autonomia é aquela adstrita à autonomia privada, como se demonstrará em tópico oportuno.

## 2.2 DEBATE A RESPEITO DO DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO(S) À AUTONOMIA, SEXUAIS E REPRODUTIVOS, À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA E À IGUALDADE APOSTOS NO HC 124.306

A decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal adotou como razão de decidir o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que a criminalização da descontinuação da gravidez no primeiro trimestre contraria os direitos

fundamentais da mulher, uma vez que não observa suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Ao afirmar a incompatibilidade da criminalização do aborto com a Constituição, a premissa não defende a disseminação do procedimento, mas sim que ele seja raro e seguro, na medida em que o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. No entanto, aliado a isso, é o papel do Estado e da sociedade ofertar educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que almeje ter filho e que se encontre em circunstâncias adversas (BRASIL, 2016).

Pontuou, ademais, acerca da distinção e delicadeza da matéria, principalmente, diante das intervenções políticas, econômicas, sociais e religiosas inevitáveis. Além do mais, como não poderia deixar de fazer, situou os direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais de modo a funcionar como uma reserva mínima de justiça às pessoas.

Ao iniciar, relembrou que "após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanação da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou coletivos." (BRASIL, 2016, p. 14).

Nesse sentido, assinalou que criminalizar a interrupção voluntária da gestação feriria os direitos fundamentais das mulheres, atingindo brutalmente a sua dignidade, notadamente porque nada mais trágico e marcante para a mulher do que ter que decidir tal dilema, de modo que um processo criminal apenas tornaria sua vida ainda pior.

Isso porque se torna indispensável a análise do *status* jurídico do embrião durante essa fase inicial da gestação, para qual se tem duas posições antagônicas: a que defende a existência da vida desde a concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozoide), e a da formação do sistema nervoso central e rudimentos de consciência ocorridos após o terceiro mês de gestação.

Fato é que, segundo o Ministro, não há previsão legal que defina o *status* jurídico do embrião e o início da vida. Sendo assim, pauta-se em escolhas religiosas ou filosóficas de cada um. No entanto, o que se deve considerar, nesse período, é que "não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher" (BRASIL, 2016, p. 17), de modo que a violação de seus direitos fundamentais é incontestável.

Definida no texto do voto como "o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas" (BRASIL, 2016, p. 17), a autonomia da gestante prevaleceu ao suposto direito à vida do feto, que neste triênio gestacional não possui sistema nervoso central nem consciência, dependendo totalmente da mulher. Desse modo, ofenderia a liberdade individual da gestante, corolário da dignidade humana, à medida que o Estado impõe à mulher a obrigação de permanecer com o feto que não possui vida.

Afere-se ainda do voto que, diante da premissa de ausência de vida fetal durante os três primeiros meses, impor à mulher a manutenção da gestação seria como se "tratasse um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida" (BRASIL, 2016, p. 17), já que não há choque entre direito à vida e direito à autonomia, pois ainda não há vida do feto,

apenas liberdade da gestante em não satisfazer interesses de outrem ou coletivos, mas sim a sua vontade.

Dos demais direitos violados, em relação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, utilizou Luís Roberto Barroso como referência o parágrafo 7.3 do Relatório da Conferência do Caio, devendo caber a ela a decisão sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência.

Ademais, porque cabe somente à mulher o ônus da gravidez, devem ser protegidos com maior intensidade a sua vontade e seus direitos, fundamento esse que serviu também para justificar o direito à integridade física e psíquica e à igualdade de gênero. Além do mais, possíveis agressões ao direito à igualdade social são inferidas, uma vez que a incidência das normas penais afeta de forma desproporcional as mulheres mais pobres, em razão de sua condição socioeconômica de acesso ao sistema de saúde e justiça, e também à educação.

A Ministra Rosa Weber aduziu que dentre os questionamentos a serem feitos para a decisão do caso, deve-se analisar se esse direito de escolha pode ser negado à mulher e quais seriam os princípios constitucionais em colisão. Após citar casos emblemáticos da jurisdição comparada[8], concluiu, seguindo as premissas do ministro presidente, que o direito à vida, referendado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVII, não possui caráter absoluto. Corolário da disposição constitucional, o Código Penal trouxe a excludente de ilicitude do aborto ético ou humanitário (resultado de estupro). Logo, entendeu a ministra que a "proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher" (BRASIL, 2016, p. 15), de modo que, assim como houve a flexibilização política para garantir a possibilidade da interrupção da gestação decorrente de estupro, independentemente de viabilidade ou não do feto, bem como diante do fato de que não há direito absoluto, é possível a interpretação dos artigos 124 a 126, do Código Penal, conforme o texto constitucional, afastando a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, por decisão da gestante, no primeiro triênio.

## 3 A AUTONOMIA (PRIVADA?) ENQUANTO FUNDAMENTO BASILAR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 54 E NO HC 124.306

Verifica-se que, apesar de formalmente iguais, existem distinções substancialmente importantes que representam mudança de significado aos termos autonomia e autonomia privada.

Etimologicamente, o termo autonomia tem o condão de conferir a ideia de reger-se segundo suas próprias leis. Para a perspectiva kantiana, por sua vez, a definição de autonomia decorre da concepção de dignidade da pessoa humana, cujo imperativo categórico repousa na ideia de que os seres irracionais têm apenas valor relativo

8 *Roe versus Wade*, em 1973. *Griswold versus Connecticut*, em 1965. *Planned Parenthood of Southestern Pa. versus Casey*, em 1992. *Whole Woman's Health versus Hellerstedt*, em 2016 – todos da Suprema Corte Americana. Caso Artavia-Murillo (*Fecundación In Vitro*) x Costa Rica, em 2012 – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Casos *Paton versus Reino Unido; Vo versus França; Evans versus Reino Unido; A, B and C versus Irlanda* – todos da Corte Europeia de Direitos Humanos (BRASIL, 2016).

como meios e, por isso, chamam-se coisas, enquanto que os seres quando racionais se chamam pessoas, "porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio." (KANT, 2009, p. 241).

Logo, autonomia para a perspectiva kantiana pode ser definida como "a propriedade da vontade de ser ela mesma sua lei", pela qual foi expressa por meio do imperativo categórico "age segundo a máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal" (KANT, 2009, p. 59), decorre intrinsecamente da dignidade da pessoa humana, a qual é um atributo inerente a todos os seres humanos pelo fato de serem dotados de racionalidade e autodeterminação.

Nessa linha, Sarlet (2002, p. 33), a partir da concepção ambivalente de dignidade, ressalta que autonomia da vontade pode ser definida como "a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana."

Além disso, enquanto integrante do elemento ético do conteúdo da dignidade da pessoa humana, na concepção tripartite[9], proposta por Barroso (2010, p. 24), a autonomia consiste na "capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas."

O citado autor relembra a moral kantiana, pautada na ideia de que cada indivíduo dá a si mesmo a concepção daquilo que deve seguir, sem imposição externa, contudo, aposta na autonomia do indivíduo, embasada na razão, independência e escolha (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017).

Essa autonomia integra a essência da dignidade da pessoa humana, uma vez que a deixa livre de influências externas indevidas para, ao longo de sua vida, decidir e fazer escolhas conforme sua própria concepção de bem. Em sua dimensão jurídica, no plano dos direitos individuais, a dignidade se desenvolve como autonomia privada, porque "presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas, nas possibilidades objetivas de decisão e escolha", e, também, no plano político, quando a dignidade se expressa como "autonomia pública, identificando o direito de cada um participar no processo democrático." (BARROSO, 2010, p. 24).

Apesar disso, fato é que a autonomia é reconhecida, tanto na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet (dimensão dúplice) quanto na tripartite de Luís Roberto Barroso, como elemento da dignidade da pessoa humana. Todavia, esse reconhecimento de liberdade como corolário da dignidade não confere ao indivíduo a irrestrita autonomia, à medida que a autonomia privada pode ser limitada pelo próprio valor que a dignidade

9 A concepção tripartite da dignidade proposta por Barroso (2010) aborda os três elementos essenciais à dignidade da pessoa humana: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. O valor intrínseco, que é o elemento ontológico da dignidade, está ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos. A autonomia, por sua vez, à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. Enquanto que o valor social representa uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa.

da pessoa humana possui (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017), disso a importância de saber a distinção entre autonomia (da vontade) e autonomia privada.

A autonomia da vontade repousa no ideal contratualista de vinculação, isso porque, segundo os voluntaristas, a vontade gerava o negócio jurídico que, posteriormente, foi reconhecido não só a vontade, mas necessitava da declaração. Logo, para gerar efeitos jurídicos ao negócio, era necessária a declaração de vontade, que nada mais era do que a exteriorização da liberdade de escolha do indivíduo (BORGES, 2005), pois a autonomia da vontade era identificada nessa relação como "poder de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem intervenção externa: o contrato era uma esfera de livre atuação dos particulares." (BERTI, 2014, p. 67).

Com essa constitucionalização do direito civil, situações puramente de direito privado passam a ser alcançadas pelo princípio basilar da dignidade da pessoa humana e a partir daí as relações privadas também passam a observar os preceitos decorrentes dos direitos fundamentais (BERTI, 2014).

Assim, questionou-se aquela ideia voluntarista de que o mero consentimento seria capaz de criar direito, uma vez que a vontade "é interna ao sujeito e não pode ser reconhecível por outra pessoa e pelo ordenamento jurídico, existindo unicamente para a consciência da própria pessoa." (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017, p. 27).

E por decorrência disso, diante do reconhecimento indispensável da autonomia como corolário da dignidade da pessoa humana, fez-se necessária a "assimilação da transição" de autonomia da vontade para autonomia privada, pois a autonomia privada se vinculava diretamente aos valores constitucionais, de modo que se ligava à valorização da pessoa humana, no entanto limitada pela ordem jurídica, que norteia a forma, conteúdo, capacidade e legitimidade dos sujeitos (BORGES, 2005).

Logo, a autonomia privada oriunda do Estado Social segue a ideia de que as manifestações de vontade necessitam de controle de juridicidade em virtude da desigualdade social substancialmente existente entre as pessoas, devendo ser inserida ao Estado Constitucional que visa garantir a liberdade dos indivíduos pautada nos demais princípios que regem as relações (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017).

Infere-se que a autonomia privada não é irrestrita, ilimitada, "não se permite exercitar o poder de disposição sobre certas relações ou sobre certos direitos" (BORGES, 2005, p. 56), pois essa limitação tem o viés justamente de equilibrar o interesse da pessoa de um lado e o interesse de demais indivíduos do outro. Portanto, traduz-se a uma liberdade condicionada à dignidade da pessoa humana.

Nota-se, então, que autonomia, enquanto irrestrita e pautada única e exclusivamente na vontade do indivíduo, não pode ser objeto de imposição de limites, de modo que, muitas vezes, fere a dignidade da pessoa humana que a expressa quando colide com direitos protegidos. No entanto, a autonomia privada, por pautar-se na dignidade da pessoa humana, admite que essa liberdade seja condicionada ao respeito e não ofensa à dignidade.

Assim, denota-se que os ministros, ao julgarem ambos os casos aventados – ADPF 54 e o HC 124.306 –, analisaram esse limite de disposição que a mulher tem quando sua vontade colide com a proteção de um direito do feto. Os que adentraram no argumento da autonomia como fundamento para as razões de decidir fizeram-no, primeiramente,

considerando que os direitos constitucionais não são absolutos, de modo que o alcance da autonomia da mulher deveria ser analisado à luz da (in)viabilidade de vida do feto.

Importante observação deve ser feita em relação à vinculação do Ministro Luís Roberto Barroso em ambos os processos, possuindo ponto de destaque seu posicionamento, isso porque, na ADPF 54, apesar de não ser integrante da corte na época, foi ele, enquanto advogado, o representante da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, tendo sido vários de seus argumentos considerados e utilizados para o *decisum*.

Além disso, referente ao HC 124.306, o voto-vista proferido pelo Ministro foi o condutor do julgamento, de modo que suas proposições foram seguidas pela maioria dos julgadores, sendo relevantes à análise.

No conteúdo técnico voltado para a (in)viabilidade de vida, verificou-se que tanto o feto anencéfalo quanto até o primeiro trimestre de gestação a viabilidade de vida não existe. O primeiro porque acaso se desenvolva até nascer, não sobreviverá mais do que algumas horas após o parto; e o segundo em virtude de que até esse período não há desenvolvimento do sistema nervoso central e rudimentos de consciência e, acaso nasça nessa idade, não possui condição alguma de desenvolver-se.

Já no que diz respeito, então, ao ponto jurídico-moral que se refere à autonomia, segundo a definição elaborada por Barroso (2014, p. 64), dignidade humana "é um princípio jurídico com status constitucional, e não como um direito autônomo [...] funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais[10]."

A partir dessa concepção, considera que para tal fim é necessária a observância de um conteúdo mínimo (concepção minimalista), que então fundamentará a definição de dignidade humana, qual seja: "1. Valor intrínseco de todos os seres humanos; 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)." (BARROSO, 2014, p. 72).

Quanto ao valor intrínseco dos seres humanos, adstrito a todos, corresponde aos traços e características inerentes à natureza humana, como inteligência, sensibilidade e comunicação, fato que os torna superiores e únicos. A autonomia envolve, por sua vez, o aspecto ético da dignidade, uma vez que permite ao indivíduo buscar em si a sua autodeterminação. E o valor comunitário representa o conteúdo social da dignidade, moldado a partir da vinculação do indivíduo com os demais (BARROSO, 2014).

Infere-se, desse modo, que para o Ministro Luís Roberto Barroso a autonomia é elemento ético da dignidade da pessoa humana e pressupõe o preenchimento de três requisitos para que seja considerada desenvolvida em inteira observância à dignidade: razão, independência e escolha (BARROSO, 2014).

Além disso, a autonomia privada, enquanto elemento essencial da dignidade humana, contém a importante delimitação para que haja um sopesamento em casos de situações em que há contradição de normas, visando equilibrá-las e adequá-las

10 O autor repisa a impossibilidade de elaborar com louvor um conceito transnacional de dignidade humana, na medida em que é impossível levar em conta os aspectos religiosos, históricos e políticos de todos os povos para que se conseguisse definir, em um conceito único, dignidade humana (BARROSO, 2014).

às circunstâncias. E, desse modo, a autonomia se refere à ideia da qual os indivíduos dependem para poderem ser "livres da necessidade"[11], ou seja, que as necessidade vitais essenciais sejam observadas, e, para tanto, os indivíduos precisam "estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir." (BARROSO, 2014, p. 85).

Ademais, infere-se um valor comunitário adstrito à autonomia, de modo a estabelecer uma restrição quando há um choque de valores fundamentais, e segundo o Ministro essa restrição se realiza com a observância de três objetivos: "1. A proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e 3. A proteção dos valores sociais compartilhados." (BARROSO, 2014, p. 88).

Sendo assim, a limitação da autonomia privada da mulher para dispor sobre a gestação apenas nesses casos de inviabilidade de vida do feto, e não a deixando livre irrestritamente para decidir acerca da manutenção ou não de qualquer gravidez, pautou-se na concepção de autonomia privada, já que analisou a liberdade da mulher em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Complementarmente, e por fim, por não ser viável a vida extrauterina do feto em ambos os casos analisados – no de anencefalia em razão da ausência de condição cerebral central para o desenvolvido, e até o primeiro trimestre da gestação porque nesse período o feto depende inteiramente do corpo materno, sendo expelido por qualquer motivo, não há chance de sobrevida –, as razões pautaram-se na inexistência, nesse caso, de proteção dos direitos e da dignidade de terceiros (fetos), de modo que não se deveria cogitar a restrição ou flexibilização da autonomia da gestante, justamente pela inviabilidade da vida extrauterina do mesmo.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e do *Habeas Corpus* n. 124.306, ambos do Supremo Tribunal Federal, nos quais se discutiu sobre a (im)possibilidade de interrupção da gestação em caso de gravidez de feto anencefálico ou durante o primeiro triênio gestacional, não fugiu dos holofotes diante da importância que o tema tem.

A descontinuação da gravidez, foco da temática, levou à corte suprema brasileira a se manifestar, sendo que, com pontos de vistas e análises distintas, alguns ministros detectaram a colisão, mesmo que aparente, de direitos fundamentais, como a vida do feto e a autonomia da gestante, objeto de análise deste trabalho. Fato é que aqueles que adentraram na análise da autonomia da mulher construíram seus argumentos pautados na liberdade kantiana, no entanto, reconheceram a necessária limitação dessa liberdade para que ela não se torne irrestrita e enseje a disposição de toda e qualquer gestação.

11 A expressão "livres da necessidade", do inglês *free from want*, foi utilizada no discurso do presidente Franklin D. Roosevelt, de 14 de janeiro de 1941, quando propôs "quatro liberdades que as pessoas 'de todos os lugares do mundo' deveriam desfrutar, o que incluía a liberdade de expressão (*freedom of speech*), liberdade de culto (*freedom of worship*), liberdade das necessidades (*freedom from want*) e liberdade do medo (*freedom from fear*)." (BARROSO, 2014, p. 85).

Denotou-se, então, que a concepção adotada pelos julgadores foi a de autonomia privada, uma vez que diante da inviabilidade de vida extrauterina do feto deve prevalecer a autonomia da gestante para decidir livremente sobre a manutenção ou não da gestação anômala, de modo que o ideal de liberdade utilizado esteve inter-relacionado com a dignidade da pessoa humana, respeitando os limites dessa dignidade e sobrelevando, nesse caso, a autonomia.

Ademais, a inviabilidade da vida extrauterina do feto representou a desnecessária proteção dos direitos e da dignidade de terceiros (fetos), de modo que não se cogitou ferir o valor comunitário ao qual a autonomia privada da gestante está interligada, não havendo restrição ou flexibilização da autonomia da gestante, justamente pela inviabilidade da vida extrauterina do feto.

Nota-se, então, que no julgamento da APDF 54 e do HC 124.306, uma parcela importante dos julgadores, notadamente pautados nos argumentos aventados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, utilizou a concepção de autonomia privada para as razões da decisão, apesar de se verificar que as referências ocorreram apenas ao termo autonomia, no entanto, com conteúdo característico da autonomia privada da gestante, possibilitando-se livremente dispor a respeito da descontinuação da gravidez do feto anencéfalo e até o primeiro trimestre, contudo, sem torná-la ilimitada, porquanto a análise se limitou à inviabilidade extrauterina do feto, não se permitindo uma disposição irrestrita de toda e qualquer gestação.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneos:* natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Dez. 2010. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, v. 57, p. 69-94, jan./mar. 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.* São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 4 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.* Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 4 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.* Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 4 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510.* Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 29 maio 2008. Brasília, DF, 30 maio 2008. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 4 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54.* Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 12 abr. 2012. Brasília, DF, 14 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 4 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 290.341.* Brasília, DF, 04 set. 2014. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38597372&num_registro=201400534269&data=20140916&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 124.306.* Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. julgamento em 09 ago. 2016. Rio de Janeiro, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 4 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 442.* Brasília, DF, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; BALBINOT, Jéssica. Autonomia da vontade, autonomia privada e o caso "lulu". *Revista Jurídica UNI7*, Fortaleza, n. 14, n. 1, p. 13-34, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/download/268/291/.>. Acesso em: 20 dez. 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes – segunda seção:* transição da filosofia moral popular à metafísica dos costumes. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009.

MARCHIORI, Carolina Milani. *Análise da ADPF 54:* mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente. 103 f. Monografia (Pós-Graduação) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2018.

MELLO, Luciana Ferreira; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão ROE *versus* WASE, e o Instituto da Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF n. 54. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, [S.l.], v. 16, n. 1, p. 221-238, jan./jun. 2015. E-ISSN 2179-7943. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/3739>. Acesso em: 9 jan. 2018.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática.* Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

STEINMETZ, Wilson; RECKZIEGEL, Janaína. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 124.306. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, [S.l.], v. 18, n. 3, p. 763-766, set./dez. 2017. E-ISSN 2179-7943. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/16270/pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

RECEBIDO EM: 07/05/2018
APROVADO EM: 12/07/2018

# REFUGIADOS E CONFLITOS INTERNACIONAIS: O CASO DA REGIÃO DOS GRANDES LAGOS AFRICANOS

## *REFUGEES AND INTERNATIONAL CONFLICTS: THE AFRICAN GREAT LAKES REGION CASE*

**Sérgio Luiz Cruz Aguilar**[1]

**Mariana Moron Saes Braga**[2]

**RESUMO:** Quando a temática das pessoas refugiadas é relacionada à dos conflitos internacionais, a literatura, de modo geral, enfatiza o momento anterior à determinação do status de refugiado, ou seja, aos refugiados como consequência de conflitos. O objetivo do presente estudo é, por meio de pesquisa bibliográfica, apresentar e analisar o caso da região dos grandes lagos africanos de modo a identificar uma situação distinta: a dos refugiados como causa de conflitos. Essa região compreende uma rede de interações complexas e dinâmicas em que o fluxo de refugiados teve efeitos desestabilizadores nos países de acolhimento gerando desde tensões até alto grau de violência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conflitos internacionais. Refugiados. Migração. Direitos humanos. Região dos Grandes Lagos Africanos.

**ABSTRACT:** When the subject of refugees is related to international conflicts, the literature generally highlights the moment before the determination of the refugee status, that is, refugees as a result of conflicts. The aim of the paper is, through bibliographic research, to present and analyze the case of the African Great Lakes Region to identify a distinct situation: refugees as the cause of conflicts. The African

1 Livre Docente em Segurança Internacional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Pós-Doutorado na área de segurança internacional no Departamento de Política e Relações Internacionais da Universidade de Oxford - Reino Unido. Doutor em Historia pela UNESP (Assis/SP), mestre em Integração Latino Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), especialista em História das Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Estratégias de Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), e graduado em Ciências Militares (AMAN). Atualmente é Professor do Departamento de Sociologia e Antropologia da UNESP - Campus de Marília/SP, onde coordena o Grupo de Estudos e Pesquisa sobre Conflitos Internacionais (GEPCI) e o Observatório de Conflitos Internacionais (OCI). É professor do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP e PUC-SP) e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNESP - Campus de Marília/SP. sergioaguilar@marilia.unesp.br

2 Atualmente é professor assistente doutor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2001), mestrado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2004) e doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2010). mbraga@marilia.unesp.br

Great Lakes Region comprises a network of complex and dynamic interactions in which the influx of refugees has had destabilizing effects on host countries, generating tensions from mild degree to a high degree of violence.

**KEYWORDS:** International conflicts. Refugees. Migration. Human rights. African Great Lakes Region.

## INTRODUÇÃO

Mesmo que as guerras civis tenham diminuído em relação a períodos anteriores como a uerra Fria e o imediato pós-Guerra Fria, o número de civis fugindo de Estados em conflito aumentou. Um dos motivos que pode ser destacado atualmente é que as ameaças e os ataques contra civis nas guerras intra-estatais aumentaram, ou seja, os civis apesar de toda normativa internacional de proteção têm sido os maiores alvos de grupos armados e de forças armadas nacionais nesses conflitos.

Conflitos armados entre facções rivais, conflitos étnicos ou religiosos, e o extermínio de grupos de oposição política normalmente resultam em grande ônus para a população civil. Pessoas nesses contextos enfrentam escolhas difíceis entre ficar em seus locais de origem e se arriscar ou fugir em busca de segurança, deixando para trás sua pátria, família, amigos e bens. Nesses casos, os refugiados são descritos como vítimas de violência política.

Mas, por vezes são atores importantes na dinâmica dos conflitos, contribuindo e até causando a disseminação de violência. Comunidades de refugiados são frequentemente associadas a riscos de segurança para os países de acolhimento, particularmente se forem mobilizados por grupos militantes. Fluxos de refugiados também são mecanismos pelo qual os conflitos se espalham por diversas regiões. Os movimentos transfronteiriços de refugiados, associados a fronteiras porosas podem impactar no equilíbrio étnico dos países de acolhimento e promover e/ou alterar a violência contra civis em determinada região.

Embora fluxos de refugiados ocorrem por questões de segurança, há sempre causas político-econômicas que geram os conflitos e causam esses deslocamentos. Da mesma forma, as interações sociais, políticas e econômicas nos países de destino provocam ou não a associação de refugiados ao espraiamento, disseminação ou às causas de conflitos.

Os refugiados podem mudar a composição étnica do estado de acolhimento; exacerbar a concorrência econômica; trazer consigo armas, combatentes e ideologias que conduzem à violência; e mobilizar a oposição dirigida ao seu país de origem, bem como ao seu país de acolhimento.

Logicamente, há casos em que os fluxos de refugiados não resultam na disseminação de conflitos. No entanto, o texto foca nos movimentos de refugiados que contribuíram para a propagação ou geração de conflitos. Utilizando exemplos presentes na região dos Grandes Lagos da África, o texto destaca a proteção internacional dos refugiados, a associação entre refugiados e os conflitos armados e como esses atores impactaram em alguns conflitos naquela região africana.

## 1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

A Segunda Grande Guerra é considerada um marco tanto para o movimento de internacionalização dos direitos humanos em geral como também para a criação do direito internacional dos refugiados.[3] A era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas. Além disso, após o regime de terror, encontraram-se milhares de militares e vítimas civis mutilados e mais de 40 milhões de pessoas refugiadas (JUBILUT, 2007).[4]

Segundo Piovesan (1999), se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. Nesse sentido, foi aprovada em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgindo assim o movimento de internacionalização dos direitos humanos. A partir da aprovação da Declaração e da concepção contemporânea por ela introduzida, houve maior desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais.

Passou-se, então, a integrar nesse sistema normativo de alcance geral uma série de instrumentos de alcance específico, como o aparato normativo endereçado à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis como as crianças, idosos, mulheres, pessoas vítimas de tortura, pessoas vítimas de discriminação racial, e os refugiados, dentre outros (PIOVESAN,2017).

Nesse sentido, em 1951 foi aprovada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados que definiu em caráter universal a condição de um refugiado e delimitou os direitos básicos que os Estados devem garantir a eles. De acordo com a Convenção, o status de refugiado é reconhecido a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual. Os elementos essenciais da definição de refúgio são o fundado ou justo temor de perseguição e a extraterritorialidade, sendo cinco os motivos da perseguição previstos internacionalmente que asseguram o refúgio: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e o pertencimento a um grupo social. (ONU, 1951)

A conferência internacional em que se discutiu a redação do texto da Convenção de 1951 foi marcada por um acirrado debate entre os países que dela participaram. Os representantes dos países que estiveram presentes no evento dividiram-se em duas posições distintas. A primeira delas, chamada de corrente europeísta (ou eurocêntrica), pretendia que apenas os europeus pudessem ser reconhecidos como refugiados. Já a segunda, denominada universalista, sustentava que o termo refugiado pudesse abranger pessoas de todas e quaisquer origens. O consenso a que se chegou resumiu-se a atrelar o alcance do termo a uma decisão estatal dada no momento de adesão ao instrumento, mas que, vale frisar, poderia ser alterada posteriormente por meio de uma simples comunicação ao Secretário-Geral da ONU (ANDRADE, 1996).

3 A proteção internacional dos direitos da pessoa é dividida em três vertentes: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados. Alguns autores defendem que essa visão compartimentalizada deve ser superada. Para eles, há que se ter uma visão integral dos direitos da pessoa, como endossa a Conferência de Viena de 1993 (PIOVESAN, 2017; MENEZES, 2011).

4 A título de comparação, a Segunda Guerra Mundial produziu o fluxo de aproximadamente 40,5 milhões de refugiados, enquanto a Primeira Guerra totalizou entre 4 e 5 milhões (HOBSBAWN, 1995).

Além disso, a definição restringia sua aplicação aos "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951". Assim, quando o Estatuto para Refugiados foi criado ele continha uma reserva temporal e a possibilidade de uma reserva geográfica.

Estas duas restrições contidas na Convenção refletiam a crença de que os refugiados constituíam um *problema temporário* do continente europeu, que havia sido gerado pela guerra e que, logo após esta, seria resolvido.[5]

Na década de 1960, novos fluxos de refugiados surgiram na África e na Ásia, atrelados aos movimentos de descolonização nesses continentes, atestando que essa questão não se restringia ao contexto da II Guerra Mundial e tampouco à Europa e evidenciando a inadequação da Convenção de 1951, que, sendo limitada temporal e geograficamente, não podia ser aplicada aos novos fluxos, deixando os africanos e asiáticos desprotegidos no regime internacional (ROCHA; MOREIRA, 2010).

Em 1967, foi criado, então, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados[6], com a finalidade de resolver os problemas gerados pelas duas limitações da Convenção. Colocava-se fim à reserva temporal, ao mesmo tempo em que se exigia que os Estados que se comprometessem com as obrigações da Convenção ao aderir ao Protocolo não adotassem mais a reserva geográfica.

Apesar desse avanço significativo, a adoção do Protocolo de 67 não trouxe à tona a discussão sobre a definição de refugiados, mantendo-se a limitação da sua caracterização por violações de direitos civis e políticos. Tal fato se deveu ao medo dos Estados desenvolvidos de uma ampliação do número de refugiados, o que não atendia aos seus interesses na época, e poderia, de fato, ocorrer uma vez que a Assembleia Geral da ONU era, nesse momento, dominada por Estados em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo. Desse modo, optou-se pela aprovação de um documento curto que se limitava a revogar as reservas e que não propiciava a discussão material do tema.

Ao considerar os cinco motivos para a caracterização do status de refugiado, o direito internacional dos refugiados exclui algumas situações de deslocamentos forçados. Por exemplo, as pessoas que migram em razão da fome e miséria e em razão de desastres ambientais não estão contempladas na definição. Este é o caso das pessoas haitianas que foram obrigadas a deixar seu país de origem em virtude do terremoto ocorrido em janeiro de 2010 e migraram para o Brasil. Isto quer dizer que todo refugiado é um migrante, mas nem todo migrante pode ser considerado um refugiado[7].

Para Jubilut e Apolinário (2010), os refugiados são os migrantes forçados que contam com o sistema mais completo de proteção. Além de contarem com o sistema universal previsto na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, os refugiados contam com proteção em âmbito regional, em que há a extensão da proteção a outros casos, em âmbito africano e americano.

5 A Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) relatou que no ano de 2013 o número de refugiados, requerentes de asilo e deslocados internos no mundo, ultrapassou 50 milhões de pessoas pela primeira vez na era pós Segunda Guerra Mundial (UNHCR, 2013).

6 Esses dois tratados formam a base positiva universal do Direito Internacional dos Refugiados.

7 Derderian e Schockaert (2009) apontam as dificuldades enfrentadas para prover assistência humanitária ao que designam de fluxos migratórios mistos, movimentos populacionais que incluem pessoas fugindo de perseguição política ou violência e pessoas que migram por motivações econômicas.

Um dos maiores méritos da Convenção de 51 e do Protocolo de 67 foi o estabelecimento de critérios bem-definidos e abrangentes para o reconhecimento do status de refugiado de modo homogêneo no âmbito internacional.

O que importa destacar de tudo o que foi anteriormente exposto é que quando tratamos de pessoas refugiadas nos referimos a pessoas que transpõe a fronteira de um Estado para outro, ou seja, ocorre a mudança do indivíduo entre dois sistemas políticos diferentes e que o fazem em virtude de perseguição ou fundado temor de perseguição.

## 2 OS REFUGIADOS E OS CONFLITOS ARMADOS

Grande parte da literatura e das discussões públicas tratam os movimentos de refugiados como consequência de conflitos e não como uma possível causa deles. De fato, algumas análises quantitativas de fluxos de refugiados têm confirmado que guerras civis, repressão política e mudanças de regime são importantes geradores de deslocamento (SALEHYAN; GLEDITSCH, 2006).

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 2016 o número de refugiados atingiu o recorde de 21,3 milhões de pessoas ao redor do mundo, os quais, somados aos 40,8 milhões deslocados internos (*Internally Displaced People* – IDPs), perfazem um total de 65,3 milhões de deslocados (ACNUR, 2016).

No entanto, alguns pesquisadores observam que a migração internacional, em geral, e a de refugiados, em particular, podem ter consequências importantes para a (ou na) segurança. Fluxos de refugiados podem estimular a disseminação a violência dentro de Estados ou para Estados vizinhos, levando a um risco significativamente maior de conflito nesses locais (WEINER, 1996; DAVENPORT; MOORE; POE, 2003; GHOBARAH; HUTH; RUSSETT, 2003; HEGRE; SAMBANIS, 2006; MURDOCH; SANDLER, 2004; WHITAKER, 2003). Fluxos de refugiados podem ter implicações de segurança tanto para os países anfitriões como para as relações entre os Estados remetentes e receptores de refugiados (LISCHER 2005; SALEHYAN 2007; WEINER, 1992). Weiner (1996) argumentou sobre o desencadeamento de conflitos entre o país de origem e o país anfitrião, quando os migrantes se mobilizam contra o país natal ou contra o país para o qual migraram. Ainda, refugiados nos estados vizinhos aumentam significativamente a duração dos conflitos civis, particularmente se eles estiverem em países que são rivais políticos/militares do Estado de origem e serem por eles apoiados (SALEHYAN, 2007).

Em geral, dois mecanismos prevalecem na literatura de conflito que tenta explicar por que o conflito se manifesta: fatores motivacionais e de oportunidade. O primeiro estaria relacionado à propensão de fornecer apoio aos rebeldes dos mesmos grupos étnicos. A etnia facilita o processo de mobilização dos grupos rebeldes ao gerar "lealdades e obrigações compartilhadas" entre eles. Baseando-se em redes étnicas os grupos rebeldes podem contar com refugiados co-étnicos para recrutamento e apoio, incluindo esconderijos para fugir das forças do governo. A concepção da oportunidade indica que as relações das redes rebeldes seguindo linhas de parentesco, permite que grupos armados exerçam controle sobre co-etnias (BOHNET; COTTIER; HUG, 2018; COLLIER; HOEFFLER, 2004; ASPA, 2011).

Segundo Toft (2007), a ameaça construída em torno dos refugiados se dá em dois eixos paralelos: um sócio-cultural, englobando questões como cultura, raça, língua e assimilação; e outro econômico, quando refugiados são vistos como sobrecarregando a capacidade de prestação de serviços do Estado de acolhida e/ou tomando postos de serviços da população local.

A similaridade cultural facilita a integração de refugiados, mas quando os fluxos de refugiados estão associados a outros contextos podem promover tensões entre grupos étnicos, aumentar tensões já existentes entre esses grupos ou dar maior intensidade a conflitos em andamento. Forsberg (2014) argumentou que, quando um grupo étnico se envolve em um conflito étnico em um país, ele pode incentivar os parentes nos países vizinhos a se rebelarem também. Atitudes negativas em relação aos recém-chegados são frequentemente mais comuns entre os membros da maioria étnica que temem que seu *status* possa ser ameaçado (GETMANSKY; SINMAZDEMIR; ZEITZO, 2018). Fluxos de refugiados deixando ou retornando a suas moradias, ocupando novas terras ou reclamando suas antigas terras também alteram dinâmicas existentes ou adicionam novas às questões de segurança.

Refugiados, por vezes criam problemas políticos e econômicos para os Estados anfitriões vizinhos, podendo "perturbar a dinâmica política, exacerbar a competição por recursos e de outra forma disseminar armas, combatentes e ideologias que tornem mais provável o conflito (BEARDSLEY, 2011). Refugiados podem também ser usados como bodes expiatórios para os males sociais e econômicos do país (SALEHYAN; GLEDITSCH, 2006).

A questão se agrava quando o Estado de acolhida tem problemas de controle do seu território e/ou de prestar os serviços necessários para sua população. Assim, o fluxo de refugiados como causador ou potencializador de conflitos está relacionado, normalmente, com a incapacidade do Estado de acolhida em absorvê-los. Da mesma forma, o problema do retorno de refugiados a seus locais de moradia original está relacionado com a incapacidade do Estado natal em reabsorvê-los ou, em alguns casos, em não querer recebê-los de volta.

Davenport, Moore e Poe (2003) se afastam de um foco teórico da violência estrutural, que vê os refugiados como respondendo a condições macrossociais, e olharam para as motivações dos indivíduos, onde estes agem apenas para preservar seus interesses como a vida, famílias, amigos, propriedade, etc. Com isso, afirmaram que os refugiados agem principalmente para a autoproteção e não exclusivamente pelas pressões externas. Moore e Shellman (2007), ao analisar a escolha de fugir através de uma fronteira internacional ou se tornar uma pessoa internamente deslocada (IDP), concluíram que há um maior número de refugiados internacionais do que de IDPs, devido principalmente ao respaldo que esses refugiados recebem dos países.

Salehyan e Gleditsch (2006) apontam quatro situações em que as atividades de rebeldes estrangeiros no território do Estado de acolhimento criam riscos para a segurança e podem desencadear conflitos locais. A primeira delas é que fluxos de refugiados podem caracterizar uma importação direta de combatentes, armas e ideologias de Estados vizinhos o que estimularia a disseminação de conflitos. Refugiados expandem fisicamente o alcance geográfico das suas redes sociais para as áreas receptoras e, em muitos casos, são capazes de criar estruturas políticas complexas no exílio, podendo

desafiar diretamente o Estado receptor. A vida em acampamentos pode fazer com que agrupamentos de refugiados permaneçam em países de destino por décadas e se engajarem em atividades econômicas e formarem organizações políticas, particularmente grupos rebeldes. As instituições ou grupos criados acabam formando uma ponte entre dissidentes de dentro e de fora do país e, por sua vez, criarem demandas políticas para o país de acolhimento e influenciarem no processo político interno de maneiras que não sejam bem vistas pelo Estado.

Uma segunda situação descrita é a de que refugiados podem fornecer recursos e apoiar grupos de oposição interna da sua mesma etnia ou facção política. Os movimentos permitem um intercâmbio de recursos e ideias entre grupos rebeldes nos países vizinhos e expandem as redes sociais. Ao fugir de conflitos em seu país de origem, podem transferir e fornecer armas para grupos no país de acolhimento. Por vezes, grupos de oposição no país de acolhimento adquirem meios, organização e estímulo para ações armadas a partir do afluxo de refugiados, especialmente se os refugiados compartilham dos mesmos objetivos que a oposição interna (IDEM).

Em terceiro lugar, os fluxos de refugiados podem alterar o equilíbrio étnico no país, provocando o descontentamento das populações locais tanto em relação aos refugiados como em relação ao governo que permitiu o acesso. As alterações nos padrões demográficos pode gerar conflitos tanto quando ocorre uma concorrência entre os habitantes locais e estrangeiros etnicamente diferentes, quanto se os refugiados são da mesma etnia que um ou mais grupos locais. O afluxo aumenta o sentimento nacionalista/nativista entre as populações locais e são a motivação para movimentos contrários aos refugiados. Os conflitos resultariam, então, não de uma animosidade intrínseca entre grupos, mas da ameaça ao *status* social percebida pelos locais (IDEM).

Uma quarta situação é que os refugiados podem representar prejuízos econômicos reais ou percebidos para os locais. Imigrantes e refugiados podem competir com os locais por recursos escassos, tais como o emprego, habitação, terra e água, constituindo assim uma ameaça econômica. Os migrantes podem deprimir os salários se (e quando) entrarem no mercado de trabalho e gerar um aumento nos preços à medida que consomem bens, serviços, habitação, etc. Isto pode levar a um declínio nos padrões de vida de uma parcela politicamente importante da população e levar a um contexto convidativo para a violência contra os migrantes, bem como para com as condições políticas e econômicas (IDEM).

Ao invés de estarem confinadas em seu próprio país, redes rebeldes podem se expandir para países vizinhos através de movimentações populacionais. A emigração de membros dessas redes pode implicar em populações politicamente relevantes vivendo fora das fronteiras de seu Estado, longe da jurisdição de segurança do seu governo. Salehyan (2009) argumenta sobre como grupos rebeldes podem se mobilizar através de fronteiras internacionais, onde as forças de segurança do Estado de acolhida são menores e as comunidades de refugiados se tornam áreas especialmente atraentes para mobilização de grupos rebeldes, uma vez que se encontram fora do alcance coercitivo do Estado.

Campos de refugiados além das fronteiras nacionais funcionam muitas vezes como guarida às organizações rebeldes, bases de operações e são férteis áreas de recrutamento. Comunidades de refugiados se tornam centros de recrutamento para grupos combatentes, o que decorre principalmente da sua insatisfação em relação ao país de

origem, das perdas já sofridas e das poucas perdas futuras que podem ocorrer ao se juntarem a esses grupos. (GATES, 2002; WEINSTEIN, 2005) O recrutamento dentro dos campos de refugiados por grupos armados ocorre, principalmente, quando não há políticas e serviços para suprir a demanda da população refugiada, levando parte dela a aderir a esses grupos cuja atuação no país de origem acaba prolongando o conflito e aumentando ainda mais o fluxo de refugiados (SALEHYAN, 2007).

Assim, o fluxo de refugiados e a reação dos moradores locais a eles podem desestabilizar os países receptores e levar a conflitos. Os efeitos negativos reais ou percebidos da presença de refugiados, como o aumento da competição econômica com os habitantes locais, a perturbação do equilíbrio étnico no país anfitrião e a chegada de pessoas com ligações com grupos rebeldes podem levar a uma maior probabilidade de conflito civil nos países que recebem refugiados (GETMANSKY; SINMAZDEMIR; ZEITZO, 2018).

## 3 O CASO DA REGIÃO DOS GRANDES LAGOS NA ÁFRICA

A região dos Grandes Lagos (dentre outras na África) constitui uma rede de interações dinâmica e complexa com pesadas implicações nos conflitos entre Estados e dentro dos Estados que a compõe. A Conferência Internacional da Região dos Grandes Lagos - *International Conference on the Great Lakes Region* (ICGLR), uma organização intergovernamental estabelecida em maio de 2007, consiste em doze Estados membros: Angola; Burundi; República Centro Africana; República do Congo; República Democrática do Congo; Quênia; Uganda; Ruanda; Sudão do Sul; Sudão; Tanzânia e Zâmbia (ICGLR, 2016). Essa região apresenta um dos exemplos onde o fluxo de refugiados provocou não só instabilidade interestatal como também a erosão interna da segurança em alguns de seus membros. Ou seja, o fluxo de refugiados teve efeitos desestabilizadores nos países de acolhimento, com tensões (na melhor hipótese) até alto grau de violência (na pior hipótese).

Os movimentos de refugiados pelas fronteiras transnacionais pode resultar na radicalização em torno de grupos. Os resultados da radicalização são diferentes em cada situação. Sude, Stebbins e Weilant (2015) apontaram que ações ou omissões por parte do país receptor e a comunidade internacional têm mais impacto no grau de radicalização dos refugiados. Os autores listaram seis grandes riscos de radicalização dos refugiados: políticas administrativas e legais do país anfitrião como restrições limitam ou eliminam os direitos e oportunidades dos refugiados, negação de cidadania, confinamento em campos, proibição ou dificuldade de obterem emprego e educação, etc.; organização política e militante permitida (e às vezes incentivada) pelo país anfitrião e/ou organizações humanitárias internacionais, apoiando direta ou indiretamente facções; segurança, quando o país receptor não pode ou não quer provê-la nos acampamentos e áreas adjacentes, levando grupos militantes assumirem a segurança e/ou cruzarem fronteiras com o país de origem para atividades armadas; acampamentos lotados com deficiência de alimentos e condições sanitárias; condições econômicas locais e resiliência, por exemplo, refugiados competindo por empregos na economia local ou ressentimento da população local quando os refugiados recebem assistência que eles não têm do governo central; e poucas condições para os jovens que são os principais alvos de recrutamento por grupos militantes.

Newbury (1998) argumenta que o genocídio em Ruanda não gerou o da RDC e que cada conflito tinha suas próprias causas enraizadas no contexto político local. No entanto, na região dos Kivus, no leste da RDC, a violência presente por rivalidades e tensões entre gerações foram exacerbadas pelo afluxo de refugiados e grupos armados pós genocídio em Ruanda (DOSS, 2011). O ditador Mobutu manobrou as etnias em prol de sua manutenção no poder, manipulando divisões existentes, e fomentando novas animosidades, para beneficiar seus aliados e prejudicar seus inimigos (WHITAKER, 2003). Um exemplo, foram os tutsis *banyamulenge* que, apesar de iniciarem a migração para os Kivus no século XVII, só tiveram o direito de cidadania reconhecido em 1971, e cuja presença apresentou um histórico de rivalidade com outras etnias congolesas, bem como foi utilizada politicamente pelos governantes da RDC (*LEMARCHAND, 2009; MAMDANI, 2001).* Os tutsis, mais os hutus que migraram de Ruanda durante e logo após o período colonial para aquela região e se tornaram maioria em partes dela, protagonizaram a chamada Guerra *Kanyarwanda*, entre 1963 e 1966, logo após a independência, quando hutus e tutsis se colocaram contra 'tribos congolesas' como Hunde, Tembo e Nyanga (LEMARCHAND, 2009).

No início da década de 1990, houve uma proliferação de grupos comunitários de auto-ajuda nos Kivus, chamados *mutuelles*, vários deles com bases étnicas, e que criaram suas próprias milícias e se tornaram a base da mobilização eleitoral e dos partidos políticos. No início de 1993, irromperam combates periódicos no Kivu do Norte entre os povos locais e imigrantes ruandeses. Durante aquele ano, dezenas de milhares de refugiados do Burundi foram para o Kivu do Sul após a eclosão de uma guerra civil. Com o genocídio em Ruanda, entre julho e setembro de 1994, mais de um milhão de ruandeses, predominantemente, hutus atravessaram a fronteira para a RDC fugindo do avanço da Frente Patriótica Ruandesa (RPF) liderada pelos tutsis que tomou o poder em Kigali em julho de 1994 (JASON; VERWEIJEN; BAAZ, 2013). Esse movimento alterou o equilíbrio étnico dos Kivus.

Em julho de 1994, quando os refugiados ruandeses chegaram, o Estado desintegrado e desacreditado não conseguiu fornecer nem mesmo os serviços governamentais mais básicos e gradualmente perdeu o controle sobre a parte leste do país. Com o afluxo de refugiados após o genocídio em Ruanda, aumentou a manipulação e politização das identidades étnicas quando os refugiados hutus se uniram a membros da mesma etnia que já viviam no Kivu na luta contra os tutsis locais. O governo congolês aumentou a pressão sobre os *banyamulenge* no Kivu do Sul, ameaçando expulsá-los do país. Com isso, grupos *banyamulenges* se aliaram ao governo tutsi de Ruanda e não só atacaram os campos de refugiados, como derrubaram Mobutu (WHITAKER, 2003).

Tanto refugiados como IDPs estabelecidos em campos, se tornam propensos a se sentirem lesados e politizados e serem muito mais vulneráveis à predação e ao recrutamento forçado pelos beligerantes. No Sudão, tanto os rebeldes quanto o governo recrutaram um número substancial de combatentes a partir de grupos de deslocados internos em Darfur (ASPA, 2011).

A falta de perspectiva de um povo refugiado pode resultar em problemas no país hospedeiro. A situação em que refugiados percebem a impossibilidade de retornar para casa e a falta de apoio na sua inserção em uma nova sociedade, pode resultar tanto em militâncias organizadas ou no ingresso de parte deles em grupos armados (na

pior hipótese), como em atividades ilegais como contrabando, roubo de gado, tráfico de drogas, assaltos, assassinatos e estupros (numa melhor hipótese) (SUDE; STEBBINS; WEILANT, 2015). Lischer (2005) focou nas circunstâncias onde grupos de refugiados podem se militarizar. Segundo a autora, as circunstâncias que provocam o fluxo de migração são um importante preditor da violência subsequente. Quando ex-militares ou líderes políticos se encontram entre os refugiados, há mais propensão à violência, pois possuem a organização necessária para se envolver em rebeliões.

Os fluxos de refugiados podem contribuir para a disseminação do conflito de duas maneiras principais: alterando o equilíbrio de poder ou a composição étnica no Estado de acolhimento; ou contribuindo para a propagação da violência ao adicionar novos beligerantes ao conflito. No segundo caso, a propagação incluiria a intervenção do governo anfitrião no conflito ou o uso de seu território por combatentes para mobilização e ataques a seu país de origem (WHITAKER, 2003).

Dentre os refugiados ruandeses que se deslocaram para a RDC em 1994, entre 30 e 40 mil eram milicianos hutus (*Interahamwe*) e soldados das Forças Armadas de Ruanda (FAR)[8], todos armados, sendo que a maioria esteve envolvida no genocídio (JASON; VERWEIJEN; BAAZ, 2013). Esses ex-militares (ex-FAR) e membros da milícia *Interahamwe* utilizaram os campos de refugiados para organizarem *Rassemblement pour le Retour et la Démocratie au Rwanda* (RDR) e a partir desses campos se infiltravam em Ruanda.

O governo congolês, além de dar abrigo e proteção aos funcionários do antigo governo ruandês permitiu que ex-soldados ruandeses treinassem perto dos campos de refugiados para um eventual retorno pela força a seu país de origem, e facilitou a aquisição de armas pelos ex-FAR (WHITAKER, 2003). Com isso, fez com que o apoio à oposição viesse também dos países vizinhos, como Uganda e Ruanda.

A minoria tutsi (*Banyamulenge*) do Zaire[9], historicamente discriminada no país, passou a ser armada e treinada pelo governo tutsi que se instalou em Ruanda após o genocídio, bem como pelo governo ugandês. Assim, em 1996, eclodiu a chamada Primeira Guerra do Congo, desencadeada pela *Alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo-Zaïre* (AFDL), que resultou na queda do presidente Mobutu. Com a guerra, cerca de 600 mil refugiados, a maioria hutus, abandonaram os campos e fugiram de volta para Ruanda, e outros 300 mil foram para as florestas do centro do país (WHITAKER, 2003).

Logo após assumir o poder, em 1997, o presidente Kabila rompeu com seus apoiadores (Uganda e Ruanda) quando forças *Banyamulenge* nos Kivus se colocaram contra seu governo. Esses dois países, então, ajudaram na formação da *Rassemblement Congolais pour la Démocratie* (RCD) que no início de agosto de 1998 se colocou contra o presidente congolês e se tornou a maior facção durante a chamada 2ª Guerra do Congo (1998-2002).[10] Meses depois tropas ruandesas e ugandenses lutaram dentro da RDC (WHITAKER, 2003).

8 Chamados a partir daí de ex-FAR.

9 O Congo (ou Congo Léopoldville), teve o nome alterado pelo presidente Mobuto para República do Zaire (1971-1997). Em 1997, o presidente Laurent Kabila adotou o nome de República Democrática do Congo.

10 A chamada 2a Guerra do Congo (1998-2003) envolveu nove Estados africanos e cerca de 25 grupos armados (FIELDEN, 2008). Em maio de 1999, o RCD se dividiu em duas facções - uma apoiada por Ruanda e outra por Uganda (WHITAKER, 2003).

O Presidente Kabila passou a utilizar, então, as *Forces démocratiques pour la libération du Rwanda* (FDLR) - uma junção de diversos grupos hutus do Congo – que se moveram para os Kivus e mesmo com o fim oficial da guerra civil em 2002, continuaram operando no leste do país contra os tutsis (THE SOUTH AFRICAN INSTITUTE, 1999). A presença das FDLR foi o principal motivo para o envolvimento de Ruanda no Congo, tanto com o ADFL e o RCD como com suas próprias forças armadas (RWANDAN, 2005). Na realidade, as FDLR não só ameaçaram Ruanda como destruíram qualquer coesão social existente nos Kivus (TSHIBAND, 2009). A sua presença junto com outros refugiados alterou o equilíbrio étnico na região, exacerbando as tensões existentes entre os tutsi *banyamulenge* e outros grupos locais. (SALEHYAN; GLEDITSCH, 2006).

Entre vários outros desdobramentos, em 2003, Laurent Nkunda desertou do exército congolês e formou o *Congrès national pour la défense du peuple* (CNDP), também apoiado por Ruanda, com o propósito anunciado de "eliminar os esquadrões da morte hutus" que participaram do genocídio em Ruanda (BEADLE, 2011). O grupo se tornou um dos mais poderosos na RDC até ser integrado nas forças armadas congolesas (JASON; VERWEIJEN; BAAZ, 2013).

Buhaug e Gates (2002) demonstraram que os conflitos civis frequentemente ficam confinados em regiões particulares dentro dos Estados e que, em muitos casos, os efeitos locais dos refugiados nas relações étnicas, condições econômicas e mobilização dos rebeldes influenciam num quadro conflitivo. As chamadas 'externalidades negativas', normalmente operam e são mais fortes em áreas de fronteira (SALEHYAN; GLEDITSCH, 2006). Quando os grupos rebeldes são mais fracos que as forças do Estado só confrontam essas forças em áreas do país onde são comparativamente mais fortes (BUHAUG, 2010). Dessa forma, a violência pode se iniciar em uma área onde seria improvável por conta da migração de refugiados para áreas da mesma etnia, não só alterando a demografia étnica dentro de regiões anteriormente pacíficas (LISCHER, 2008), mas também porque nessas regiões grupos armados que compartilham a mesma identidade étnica pode receber apoio, recrutar combatentes e se tornarem mais fortes que as forças contra as quais eles lutam.

Com o conflito na República Centro Africana (RCA), no final de 2012, civis, ex-soldados da FACA e membros da Guarda Presidencial encontraram refúgio em campos de refugiados no vizinho Camarões, onde se organizavam para lançar uma ofensiva contra o grupo muçulmano Séleka. Com isso combatentes islâmicos realizaram várias incursões na região leste de Camarões para saquear ou para atacar campos de refugiados. A presença desses refugiados foi entendida como risco de segurança e o governo de Camarões utilizou suas forças armadas em operações de desarmamento em abril e maio de 2013 em campos de refugiados ao longo da fronteira e enviaram um Batalhão de Intervenção Rápida (BIR) para o leste do país no início de dezembro de 2013. Quando os confrontos entre as milícias cristãs 'anti-balaka' e o Séleka aumentaram na RCA, as autoridades camaronesas decidiram expulsar o ex-presidente Bozizé em 11 de fevereiro de 2014 e o BIR impediu que as forças anti-balaka e Séleka usassem Camarões como base (WEYNS; HOEX; HILGERT; SPITTAELS, 2014).

Quando o Sudão do Sul se tornou independente em 2011, e em decorrência da Guerra pela independência contra o governo central sudanês, a área de fronteira que compreende o sul de Darfur (Sudão), a região de Western Bahr-el-Ghazal (Sudão do

Sul) e Haute-Kotto (RCA) abrigava vários campos militares de grupos armados sudaneses. Como forma de garantir que o território da RCA não seria usado pela oposição, o governo sudanês apoiou as tropas muçulmanas Séleka em seu avanço e tomada do poder no país em 2013 (WEYNS; HOEX; HILGERT; SPITTAELS, 2014).

As guerras da década de 1990 no Burundi, RDC e Ruanda provocaram um grande fluxo de refugiados, principalmente hutus, para a Tanzânia. O afluxo de refugiados ruandeses resultou em acampamentos ao longo da fronteira. Entre eles havia militantes que participaram do genocídio em Ruanda e usavam os acampamentos tanto para realizar incursões militares no país de origem como para aterrorizar a população refugiada e evitar seu repatriamento voluntário. (TOFT, 2007; WHITAKER, 2003). Inicialmente, o governo da Tanzânia adotou medidas mais duras como a triagem de ruandenses requerentes de asilo e milhares deles fugiram para Uganda (OLUOCH, 2017, p. 32). Em seguida, não só desarmou os refugiados como aumentou as forças de segurança nas áreas vizinhas para não permitir que eles ameaçassem segurança do país. Como resultado, campos rurais foram transformados em cidades e cidades pacatas tornaram-se sede de operações de ajuda. As empresas e o comércio floresceram, a produção agrícola, o emprego e os fluxos de capital aumentaram. Mas o aumento do crime, da degradação ambiental e da inflação causaram ressentimento entre os anfitriões da Tanzânia. Os refugiados geraram, então, uma crescente hostilidade e ressentimento pelos locais, bem como preocupações no campo da segurança. Em março de 1995, quando novos refugiados ruandeses foram em direção a Tanzânia, a partir de campos no Burundi, o governo fechou a fronteira que só foi reaberta em janeiro de 1996 por pressão internacional em decorrência do aumento da violência no país vizinho. Em seguida, o governo ordenou que o exército reunisse 500 mil refugiados hutus e os obrigasse a atravessar a fronteira para Ruanda, repatriação forçada que se encerrou no final de 1996 (TOFT, 2007; WHITAKER, 2003).

O princípio da não-devolução é considerado a pedra angular do direito internacional dos refugiados. Na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados está presente no art.33 que estabeleceu que os refugiados não podem, de forma alguma, serem devolvidos para o seu país de origem ou para nenhum país onde possam sofrer riscos.[11] Mas, quando as questões de segurança e a animosidade com a população local se tornaram prioridade para o governo da Tanzânia, mesmo sendo membro da Convenção, ocorreu a devolução maciça de hutus para Ruanda.[12]

Medidas políticas efetivas, portanto, exigem que os Estados gerenciem as necessidades humanitárias dos migrantes, lidem com os possíveis riscos de segurança associados às comunidades de refugiados e abordem questões que levem ao combate em primeiro lugar. Programas nos países anfitriões focados nos refugiados podem limitar a disseminação de conflitos armados e reduzir a escalada de conflitos nos países remetentes (SALEHYAN; GLEDITSCH, 2006).

Com a 2a Guerra do Congo, parte dos refugiados foram para Uganda, cujo acolhimento incialmente contou com apoio popular. Mais tarde, esses refugiados foram

11 *De acordo com Paula (2008), após a Convenção de 1951 vários outros instrumentos internacionais, vinculantes e não vinculantes, estabeleceram também o princípio do non-refoulement (não-devolução).*

12 A Tanzânia aderiu a Convenção de 1951 em 12 de maio de 1964 (UN, 2017).

percebidos como estarem 'roubando' a infraestrutura e competindo por mercado de trabalho (FIELDEN, 2008). A expectativa era que com o fim do conflito os refugiados pudessem retornar a RDC, e as políticas mantiveram o caráter emergencial. Mas o retorno não se concretizou e, a partir de 2005, o UNHCR passou a trabalhar pela integração local dos refugiados (UNHCR, 2005). Mas uma integração só tem sucesso se houver predisposição para a inclusão dos refugiados na sociedade e economia local. Caso contrário, ela fracassará. No caso dos refugiados vindos da RDC, o governo ugandês acabou envolvido em dois desafios: prover ajuda de emergência e desenvolver medidas de longo prazo (FIELDEN, 2008).

Na Tanzânia, o fluxo de meio milhão de refugiados hutus não resultou na politização das identidades étnicas, em grande parte porque elas tinham pouca saliência no contexto político daquele país. A construção de uma identidade nacional que se deu a partir da constituição do Estado, diminuiu a possibilidade da política ser conduzida de acordo com linhas étnicas. Segundo Whitaker (2003), os refugiados acabaram reforçando essa identidade tanzaniana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refugiados não são apenas vítimas, mas também causas de conflitos armados. Por conta de uma série de mecanismos que os liga aos conflitos, os refugiados podem desempenhar um papel substancial na sua disseminação por conta de suas necessidades e vulnerabilidades, que os tornam mais suscetíveis a riscos de segurança. Eles podem alterar a composição étnica de regiões, transportar armas, proporcionando assim um mecanismo de mobilização de oportunidades e, com isso desempenharem um papel significativo na dinâmica dos conflitos.

O movimento transfronteiriço de refugiados por si só não provoca ou alimenta conflitos. Fluxos de refugiados podem gerar ou aumentar conflitos dependendo de dinâmicas próprias relacionadas com o contexto político, econômico e de segurança do país de acolhida, do nível de politização das identidades étnicas, da medidas adotadas pelo governo anfitrião em relação aos refugiados, dentre outras.

Normalmente, o contexto do país de acolhimento, as políticas que um governo adota em relação aos refugiados, a maneira pela qual são recebidos pelos anfitriões e as interações subsequentes entre esses grupos, têm implicações nos resultados do influxo massivo de refugiados e na sua radicalização ou não. Caso ocorra, a radicalização de refugiados em torno de grupos políticos ou étnicos não só alimenta conflitos como pode prolongá-los.

Nesse sentido, como fazer com que as levas de refugiados não resultem em conflitos, ou no agravamento de conflitos já existentes? Sude, Stebbins e Weilant (2015) apresentaram três modos tradicionais de solucionar a crise de refugiados: resolvendo o conflito no país de origem o que permitiria o retorno dos refugiados; assentando permanentemente os refugiados no país de acolhida, incluindo a possibilidade de se tornarem cidadãos desse país; ou reassentando esses refugiados num terceiro país. Os autores destacaram que, além dessas opções envolverem fatores externos aos próprios refugiados, ou seja, não dependem única e exclusivamente deles, a questão é própria de cada país e assim deve ser trabalhado.

Seja no país de acolhimento como no de origem, ou num terceiro Estado, as medidas efetivas que dificultem, ou mesmo eliminem a possibilidade de refugiados se tornarem o motor de conflitos armados, se inserem na provisão de segurança e abrigo, na adoção de políticas legais e administrativas, no fortalecimento das condições econômicas locais e no oferecimento de melhores condições, especialmente para os mais jovens. Ou seja, a inserção dos refugiados em uma nova sociedade, ou a melhora da situação nos Estados de origem, diminuem as causas de sua radicalização e atuação em conflitos armados.

Logicamente, em países fragilizados por conflitos a implementação dessas medidas necessitam de ajuda externa, tanto para a entrega da assistência humanitária como para melhorar a capacidade do Estado de absorver refugiados. Mas, por mais custosas que possam ser essas medidas, certamente serão menores que os custos que as guerras impõem.

No entanto, observa-se que os países que recebem refugiados têm grande incentivo de repatria-los, o que evidenciaria, segundo Toft (2007), que a chamada porosidade das fronteiras é um mito, uma vez que tanto Estados ricos e poderosos como os mais pobres e fracos procuram controlar suas fronteiras e o fluxo de pessoas através delas.

Na região dos Grandes Lagos, os movimentos migratórios historicamente resultaram em relações conflituosas. Mas foi com o genocídio em Ruanda, em 1994, que massas de refugiados e as relações que eles estabeleceram com suas co-etnias, aliadas a contextos locais específicos, não só geraram conflitos como os tornaram prolongados e intratáveis.

Embora fluxos de refugiados possam desencadear conflitos, não se deve desvirtuar as legítimas preocupações humanitárias que envolvem a temática. A grande maioria dos refugiados do mundo nunca se envolveu diretamente em violência política, sendo apenas vítimas. No entanto, este fato, por si só não deve resultar na negligência sobre as possíveis consequências de segurança que frequentemente acompanham os fluxos de refugiados. Acredita-se que uma melhor compreensão das circunstâncias em que os refugiados aumentam o risco de conflitos pode ajudar a criar melhores políticas de gestão.

Também, nesse mesmo sentido, ainda que este estudo relacione os refugiados à propagação de conflitos, isto não quer dizer que migrantes e refugiados produzem somente efeitos negativos nos países de acolhimento. Na verdade, a migração internacional, se adequadamente gerenciada pode implicar em diversos benefícios para as áreas de acolhimento. Como salientou Martine (2005), se tomada em conjunto, a avaliação das vantagens e desvantagens da migração internacional sugere que os aspectos positivos são bastante mais conspícuos do que os negativos e que estes últimos são passíveis de redução. A mesma ideia pode ser aplicada ao caso dos refugiados, ou seja, apesar de ser possível reconhecer suas negatividades reais e significativas, estas seriam, no cômputo geral, muito inferiores às vantagens e aos benefícios que aportam.

## REFERÊNCIAS

ACNUR - ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS -. *Deslocamento forçado atinge recorde global e afeta uma em cada 113 pessoas no mundo*. 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/> Acesso em: 13 out. 2017.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. *Direito internacional dos refugiados*: Evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ASPA, Jose Maria Royo. The economic relationship of armed groups with displaced population. *Forced Migration Review,* n. 37, 2011, p. 17–18.

BEADLE, Alexander William. *Finding the 'utility of force to protect'* – towards a theory on protection of civilians. Norway: Norwegian Defence Research Establishment, 2011.

Beardsley, Kyle. Peacekeeping and the Contagion of Armed Conflict. *The Journal of Politics*, v. 73, n. 4, 2011, p. 1051-1064.

BOHNET, Heidrun; COTTIER, Fabien; HUG, Simon. Conflict-induced IDPs and the spread of conflict. *Journal of Conflict Resolution*, v. 62, n. 4, 2018, p. 691-716.

BUHAUG, Halvard. Dude, Where's My Conflict? LSG, Relative Strength, and the Location of Civil War. *Conflict Management and Peace Science*, v. 27, n. 2, 2010, p. 107–128.

BUHAUG, Halvard; GATES, Scot. The Geography of Civil War. *Journal of Peace Research,* v. 39, n. 4, 2002, p. 417–433.

COHEN, Roberta; DENG, Francis M. *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*. Washington: Brooking Institution Press, 1998.

COLLIER, Paul; HOEFFLER, Anke. Greed and Grievance in Civil Wars. *Oxford Economic Papers*, v. 56, 2004, p. 563–595.

DAVENPORT, Christian; MOORE, Will; POE, Steven. 'Sometimes You Just Have to Leave: Domestic Threats and Refugee Movements, 1964–1989', *International Interactions*, v. 29, n. 1, 2003, p. 27–55.
4
DERDERIAN, K.; SCHOCKAERT, L. Respostas a fluxos migratórios mistos: uma perspectiva humanitária. *Sur,* Rev. Int. Direitos Human., São Paulo, v. 6, n. 10, jun. 2009, p. 116-119.

DOSS, Alan. Great Expectations: UN Peacekeeping, Civilian Protection, and the Use of Force. *GCSP Geneva Papers*. Research Series n. 4, December 2011.

FIELDEN, Alexandra. Local integration: an under-reported solution to protracted refugee situations. *New Issues in Refugee Research Research Paper*, 158. Geneva: UNHCR, 2008.

FORSBERG, Erika. Transnational Transmitters: Ethnic Kinship Ties and Conflict Contagion 1946-2009. *International Interactions*, v. 40, n. 2, 2014, p. 143-165.

GATES, Scott, Recruitment and Allegiance: the Microfoundations of Rebellion. *Journal of Conflict Resolution*, v. 46, n. 1, 2002, p.111–130.

GETMANSKY, Anna; SINMAZDEMIR, Tolga; ZEITZO, Thomas. Refugees, Xenophobia, and Domestic Conflict: Evidence from a Survey Experiment in Turkey. *Journal of Peace Research,* 2018, p. 1-17.

GHOBARAH, Hazem; HUTH, Paul; RUSSETT, Bruce. Civil Wars Kill and Maim People Long after the Shooting Stops. *American Political Science Review*, v. 97, n. 2, 2003, p. 189 – 202.

HEGRE, Havard; SAMBANIS, Nicholas. Sensitivity Analysis of Empirical Results on Civil War Onset. *Journal of Conflict Resolution*, v. 50, n. 4, 2006, p. 508–535.

HOBSBAWN, E. *Era dos extremos* – o breve século XX – 1914 –1991. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ICGLR - International Conference on the Great Lakes Region. (2016). *Background*. Disponível em: ‹https://www.icglr.org/ index.php/en/background›. Acesso em: 31 nov. 2016.

JASON, Stearns; VERWEIJEN, Judith; BAAZ, Maria Eriksson. *The national army and armed groups in the eastern Congo Untangling the Gordian knot of insecurity*. London: Rift Valley Institute, 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito Gv*, [s.l.], v. 6, n. 1, jun. 2010, p. 275-294.

LEMARCHAND, Rene. *The Dynamics of Violence in Central Africa*. Philadelphia: Pennsylvania University Press, 2009.

LISCHER, Sarah Kenyon. Collateral Damage: Humanitarian Assistance as a Cause of Conflict. *International Security*, v. 28, 2003, p.179–209.

LISCHER, Sarah Kenyon. *Dangerous Sanctuaries*: Refugee Camps, Civil War, and the Dilemmas of Humanitarian Aid. Ithaca: Cornell, 2005.

LISCHER, Sarah Kenyon. Security and Displacement in Iraq. *International Security*, v. 33, n. 2, 2008, p. 95–119.

*MAMDANI, Mahmoud. When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda. Princeton: Princeton University Press, 2001.*

MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. *São Paulo em Perspectiva*, v. 19, n. 3, p.3-22, set. 2005.

MENEZES, Thais Silva. Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados: uma relação de complementaridade. In: 3° Encontro Nacional ABRI - Governança Global e Novos Atores, 2011, São Paulo. *Anais do 3º Encontro Nacional ABRI 2011*- Governança Global e Novos Atores, 2011.

MOORE, Will; SHELLMAN, Stephen. Whither Will They Go? A Global Analysis of Refugee' Destinations, 1965–1995. *International Studies Quarterly*, v. 51, 2007, p. 811–834.

MURDOCH, James C.; SANDLER, Todd. Civil Wars and Economic Growth: Spatial Dispersion. *American Journal of Political Science*, v. 48, n. 1, 2004, p. 138–151.

NEWBURY, David. Understanding Genocide. *African Studies Review*, n. 41, 1998, p. 73-97.

OLUOCH, Ken. Reconciling Security Concerns and Refugee Protection. *Review of History and Political Science*, v. 5, n. 1, jun. 2017.

ONU. ACNUR. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 02 mai. 2018.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza jus cogens e a proteção internacional dos refugiados e dos direitos humanos. *REMHU* (Brasília), v. 16, 2008, p. 430-439.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. In. SUNDFELD, C. A.; VIEIRA, O. V. (Coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA, Julia Bertino. Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios. *Revista de Sociologia e Política*, [s.l.], v. 18, n. 37, out. 2010, p.17-30.

RWANDAN Hutus end armed struggle. *BBC*, 31 March, 2005. Disponível em: ‹http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4396785.stm›. Acesso em: 15 abr. 2017.

SALEHYAN, Idean. *Rebels without Borders*. Ithaca: Cornell University Press, 2009.

SALEHYAN, Idean. Refugees and the Study of Civil War. *Civil Wars*, v. 9, n. 2, 2007, p. 127-141.

SALEHYAN, Idean; GLEDITSCH, Kristian. Refugees and the Spread of Civil War. *International Organization,* v. 60, Spring 2006, p. 335-366.

SUDE, Barbara; STEBBINS, David; WEILANT, Sarah. *Lessening the Risk of Refugee Radicalization. Lessons for the Middle East from Past Crises*. Santa Monica: RAND Corporation, 2015. Disponível em: ‹https://www.rand.org/pubs/perspectives/PE166.html›. Acesso em: 21 fev. 2018.

THE SOUTH AFRICAN INSTITUTE of International Affairs. Guerrillas in their Midst: Shifting Alliances in the DRC. *Inteligence Update*, 13/1999. Disponível em: ‹file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Guerrillas_In_Their_Midst.pdf›. Acesso em: 22 mar. 2017.

TOFT, Monica Duffy. The Myth of the Borderless World: Refugees and Repatriation Policy. *Conflict Management and Peace Science,* v. 24, 2007, p. 139–157.

TSHIBAND, Stean A. N. *International Peace and Security*: The United Nations and the Conflict in the Kivus, February 2009. Disponível em: ‹https://ssrn.com/abstract=1375524›. Acesso em: 24 mar. 2017.

UN. Treaty Collection. Status of Treaties. *Convention Relating to the Status of Refugees*. Disponível em: ‹https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no= V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en›. Acesso em maio de 2018.

UNHCR - United Nations High Commissioner for Refugees. *Conclusion on Local Integration*, n.104 (LVI). 2005. Disponível em: ‹http://www.unhcr.org/excom/exconc/4357a91b2/conclusion-local-integration.html›. Acesso em: 22 mar. 2018.

UNHCR. *Global Trends* 2013. Disponível em: ‹http://www.unhcr.org/5399a14f9.html#_ga=_2.16025974.1980932336.1517826773173157863479.1517826773›. Acesso em: 21 fev. 2018.

WEINER, Myron. Bad Neighbors, Bad Neighborhoods: An Inquiry into the Causes of Refugee Flows. *International Security,* v. 21, 1996, p. 5–42.
WEINER, Myron. Security, Stability, and International Migration. *International Security,* v. 17, n. 3, 1992–93, p. 91–126.

WEINSTEIN, Jeremy. Resources and the Information Problem in Rebel Recruitment. *Journal of Conflict Resolution*, v. 49, n. 4, 2005, p.598–624.

WEYNS, Yannick; HOEX, Lotte; HILGERT, Filip; SPITTAELS, Steven. *Mapping Conflict Motives*: the Central African Republic. Antwerp, November 2014.

WHITAKER, Beth Elise. Refugees and the Spread of Conflict: Contrasting Cases in Central Africa**.** *Journal of Asian and African Studies*, v. *38, n.* 2-3, 2003, p. 211-231.

RECEBIDO EM: 23/05/2018
APROVADO EM: 04/08/2018

 doi: 10.30612/videre.v10i20.8176

# A NACIONALIDADE ORIGINÁRIA E A QUESTÃO DA DUPLANACIONALIDADE: JUS SOLI E JUS SANGUINIS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

## *THE ORIGINAL NATIONALITY AND THE QUESTION OF DUAL NATIONALITY: JUS SOLI AND JUS SANGUINIS IN HISTORICAL PERSPECTIVE*

**Jorge Luís Mialhe**[1]

**RESUMO:** Este artigo pretende estudar a nacionalidade originária nos trinta anos da Constituição brasileira de 1988 e a questão da dupla nacionalidade, tendo em vista a discussão do *jus soli* e do *jus sanguinis* em perspectiva histórica e examinar os artigos sobre nacionalidade nas constituições brasileiras. Em seguida, será apresentada a proposta de dupla nacionalidade elaborada pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em 1987, ignorada na redação do artigo 12 do texto original da Constituição de 1988 e posteriormente corrigida pela Emenda Constitucional de Revisão n°. 3, de 07 de junho de 1994. Nesta, o reconhecimento da dupla nacionalidade legitimou a aspiração de brasileiros de ascendência européia e flexibilizou o superado conceito de soberania absoluta, adequando o país às injunções de abertura de fronteiras e de integração de nações, permitindo a milhares de brasileiros o livre exercício da sua dupla nacionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição brasileira. Nacionalidade. Dupla nacionalidade. *Jus soli*. *Jus sanguinis*.

**ABSTRACT:** This paper aims to study the original nationality in the thirty years of the Brazilian Constitution of 1988 and the question of dual nationality, considering the discussion of *jus soli* and *jus sanguinis* in historical perspective and to exam the articles about nationality in the Brazilian Constitution. Next, it will be presented the proposal for dual nationality prepared by the Provisional Commission for Constitutional Studies in 1987, ignored in the wording of Article 12 of the original text of the 1988 Constitution and later corrected by the Constitutional Amendment n°. 3, of June 7, 1994. In this amendment, the recognition of dual nationality legitimized the aspiration of Brazilians of European descent and made flexible the overriding concept of absolute sovereignty, adapting the country to the injunctions of opening the borders and nations integration, allowing thousands of Brazilians to exercise their dual nationality.

1 Doutor, mestre e bacharel pela USP. Pós-doutorado nas universidades de Paris III (Sorbonne-Nouvelle) e de Limoges. Professor da Universidade Estadual Paulista - UNESP e do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, onde lidera o Grupo de Estudos sobre Refugiados e Migrações - GERM. profmialhe@hotmail.com

**KEYWORDS:** Brazilian Constitution. Nationality. Dual nationality. *Jus soli. Jus sanguinis*.

## INTRODUÇÃO

Ao comemorarmos os 30 anos da Constituição Federal de 1988, devemos nos lembrar do discurso do Presidente da Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, na sessão solene de 05 de outubro de 1988, proferido por ocasião da promulgação da "Constituição Cidadã" quando admoestava: "Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto". Entretanto, para o exercício pleno da cidadania é necessário, antes, possuir uma nacionalidade garantida como direito fundamental, conforme estabelecido no artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A nacionalidade foi definida por Pontes de Miranda (1970, p.347) como "o laço que une juridicamente o indivíduo ao Estado e, até certo ponto, o Estado ao indivíduo". Na história constitucional brasileira, a nacionalidade originária, oriunda da condição de brasileiro nato, esclarece Valladão (1980, p.201), sempre apoiou-se no princípio do *jus soli* que garante a nacionalidade àquele que nasce no território do Estado. Tal princípio já estava presente, segundo Pontes de Miranda (*apud* Rodas, 1990, p.20), no título 55 do Livro 11 das Ordenações Filipinas[2] que discorria sobre as:

> pessoas que devem ser havidas por naturais destes Reinos: para que cessem as dúvidas, que podem suceder sobre quais pessoas devem ser havidas por naturais destes Reinos de Portugal e Senhorias deles, para efeito de gozarem dos privilégios, graças, mercê e liberdades concedidas aos naturais deles, ordenou-se que as pessoas que não nasceram nestes Reinos e Senhorias deles não fossem havidas por naturais deles, e neles vivam continuadamente e tenham domicílio e bens.

O Brasil não transigia com o princípio geral de *jus soli*. Desde 1824, fixou-o como norma constitucional, aplicando apenas em alguns casos o princípio do *jus sanguinis* pelo qual o liame de filiação deve ser considerado como um critério pertinente de atribuição da nacionalidade.

Para Nóbrega (1987, p.108), o princípio da nacionalidade preponderante na esfera política fez reviver o princípio da personalidade, agora sob o nome de nacionalidade das leis. O Estado não é apenas uma potência territorial, é uma nação. "As suas leis são feitas para os nacionais e devem acompanhar estes onde quer que estejam. O *jus sanguinis* deve preponderar sobre o *jus soli*".

Porém, a conservação da nacionalidade dos descendentes dos imigrantes europeus (determinada pelo *jus sanguinis*) era vedada pelas constituições brasileiras, tornando-se motivo de inquietação por parte dessas comunidades que buscavam conservar os laços históricos e jurídicos com a pátria de seus antepassados.

2 Esse código de leis dividido em cinco livros, informa Vitral (1986, p.442), foi publicado em 11 de janeiro de 1603. Teve início no reinado de Filipe I e contou com compilação de Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Jorge de Cabedo e Damião de Aguiar, desembargadores do Paço. Após a morte de Filipe I, a obra continuou com seu filho Filipe II. Posteriormente as Ordenações Filipinas foram confirmadas por D. João IV em 1643 e vigoraram como leis gerais em Portugal até 1868 e como fonte subsidiária do direito brasileiro até 1916.

Tal situação somente foi corrigida pela Emenda Constitucional de Revisão n°. 3, de 07 de junho de 1994, pela qual o reconhecimento da dupla nacionalidade legitimou a aspiração de brasileiros de ascendência européia e flexibilizou o obsoleto conceito de soberania absoluta, adequando o país às injunções de abertura de fronteiras e de integração de nações, permitindo a milhares de brasileiros o livre exercício da sua dupla nacionalidade.

Para a compreensão do desenvolvimento do tema, será apresentada, em apertada síntese, as concepções de nacionalidade presentes nas constituições brasileiras e suas alterações ao longo do Império e da República e, finalmente, analisadas as discussões acerca da dupla nacionalidade.

## 1 A NACIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição imperial reservou o seu Título II para definir quem eram os cidadãos brasileiros:

Art. 6° São cidadãos brasileiros:

> I. Os filhos que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação.
>
> II. Os filhos de pai brasileiro, e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Império.
>
> III. Os filhos de pai brasileiro, que estivesse em país estrangeiro, em serviço do Império, embora eles não venham estabelecer domicílio no Brasil.
>
> IV. Todos os nascidos em Portugal e suas possessões que, sendo já residentes no Brasil na época em que se proclamou a independência nas províncias, onde habitavam, aderiram a esta, expressa ou tacitamente, pela continuação de sua residência.
>
> V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua religião. A lei determinará as qualidades precisas para se obter carta de naturalização.

O princípio do *jus soli* está delineado no inciso I da Carta de 1824. Entretanto, os incisos II e III abrem a perspectiva do reconhecimento parcial do *jus sanguinis*, na medida em que foram considerados os elementos domicílio e função pública. A aplicação do princípio do *jus soli* deu margem no século XIX, acentua Valladão (1980, p.289), "a grandes discussões entre o Brasil e as potências estrangeiras, partidárias do princípio oposto, do *jus sanguinis* (...) havendo aqui defensores do segundo princípio e extremados como Pimenta Bueno, que chegou a apresentar no Império um projeto de estrangeiro nascido no Brasil que seguiria a nacionalidade do pai, que poderia repudiar a maioridade, por opção". De fato, Pimenta Bueno (1978) em seus comentários à Constituição do Império considera o princípio do *jus soli* "injusto, porquanto o que a razão e a justiça ditam, é que os filhos seguem as condições de seus pais". (PIMENTA BUENO, 1978, p.442)

A primeira Constituição republicana tratou em seu Título IV das qualidades do cidadão brasileiro mantendo o sistema adotado na Constituição imperial:

> Art. 69. São cidadãos brasileiros:
>
> I. Os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação;
>
> II. Os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República;
>
> III. Os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se;
>
> IV. Os estrangeiros, que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem;
>
> V. Os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade;
>
> VI. Os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Observa-se que a Carta de 1891 continuou prestigiando o *jus soli* e, paralelamente admitiu o *jus sanguinis* ligado ao elemento domicílio. O inciso IV provocou grande polêmica, pois, segundo Dolinger (1986, p.141) o fato gerador desse inciso foi a realidade européia da época, na qual "muitas populações haviam sido forçadas a novas nacionalidades como conseqüência de cessões e anexações de território". Nesse caso, os apátridas, asilados e refugiados foram beneficiados. Como destacou Andrade (1996),

> os Estados viam com bons olhos uma adição de elementos, economicamente bem situados e com disposição de trabalho, à sua população. (...) Nos anos que precederam e durante a Primeira Grande Guerra, grandes contingentes de refugiados dos Impérios Russo e Otomano dirigiram-se à Europa central e à do oeste, assim como para a Ásia. Após a Guerra dos Bálcãs (1912-1914) teve início a transferência involuntária de grupos de minorias étnicas naquela região: 250.000 búlgaros da Romênia, Sérvia e Grécia, 50.000 gregos da Bulgária e 1.200.000 da Turquia; como resultado da continuação das hostilidades bélicas, as ditas transferências perduraram até os primeiros anos da década de 1920. (ANDRADE, 1996, p.20)

O caso dos apátridas é particularmente dramático, na medida em que, nas palavras de Lafer (1991):

> O apátrida não acha um lugar na família das nações. Ele perde, dessa maneira, em primeiro lugar o seu elemento de conexão básico com o Direito Internacional Público, que é a nacionalidade, pois o nexo tradicional entre o indivíduo e o Direito das Gentes estabeleceu-se através da nacionalidade, que permite a proteção diplomática. (...) O apátrida, sem direito à residência ou ao trabalho, vivia permanentemente à margem da lei, transgredindo a ordem jurídica do país em que se encontrava. (...) A única maneira de o apátrida estabelecer um vínculo apropriado com a ordem jurídica nacional era efetivamente cometer um crime. Um crime - por exemplo, um pequeno furto - passava a ser, observa Hannah Arendt, uma forma paradoxal de recuperar certa igualdade humana, pois como criminoso, num estado de direito, mesmo um apátrida via-se tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. (LAFER, 1991, p.146)

Contudo, a fórmula da aquisição automática da nacionalidade brasileira foi abandonada na Constituinte de 1933-1934 durante a qual, informa Cavarzere (1995), foi vencedora a tese da sólida restrição à entrada de estrangeiros, defendida por Miguel Couto e Artur Neiva e consolidada no parágrafo 6° do artigo 121 da Constituição de 1934:

> A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos. (CAVARZERE, 1995, p.29)

A mesma Constituição de 1934 previa, em seu Título III (Da Declaração de Direitos), capítulo I (Dos Direitos Políticos), as condições para obtenção da nacionalidade brasileira, mantendo a supremacia do *jus soli* sobre o *jus sanguinis*:

> Art. 106. São brasileiros:
>
> a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do Governo de seu país;
>
> b) os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os seus país a serviço público e, fora deste caso, se, ao atingirem a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira;
>
> c) os que já adquiriram a nacionalidade brasileira, em virtude do art. 69, n°s. 4 e 5, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;
>
> d) os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Na Carta de 1934, como observou Ferraz (1993, p.26) "a Comissão Constitucional, presidida pelo deputado gaúcho Carlos Maximiliano, experiente jurista e constitucionalista tomou por base para os seus trabalhos o anteprojeto da Comissão do Itamaraty, remetido à Assembléia Constituinte pelo Governo Provisório". Afastando-se da tradição republicana de 1891, fortemente inspirada na Constituição americana de 1787, a Constituição da Segunda República, ensina Iglésias (1993), "parte do texto de 1891, na tentativa de incorporar o que o novo direito criava, perante diverso quadro social e econômico, com muito culto do ideológico, além de beber em outras constituições, entre as quais se projetavam a alemã de 1919 (a de Weimar) e a espanhola de 1931". (IGLÉSIAS, 1993, p.235)

Foi introduzido no texto constitucional o instituto da "opção" em substituição ao requisito impreciso de estabelecimento no país (presente nas Constituições anteriores), até um ano depois de atingida a maioridade. Nesse sentido, Penna Marinho (1957) afirma que naquela data se consolidara uma situação de expectativa de direito, resultante do nascimento de um filho de brasileiro no exterior "e se efetivara a aquisição de uma nacionalidade que ele, já ao nascer, condicionalmente possuía". (PENNA MARINHO, 1957, p.118)

A opção prevista na Constituição de 1934 adotou o princípio da liberdade de escolha, indicada por Locke (1978), no parágrafo 118 do *Segundo Tratado sobre o Governo*:

> Se um súdito da Inglaterra tivesse um filho de mulher inglesa na França, de quem seria este súdito? Não o seria do rei da Inglaterra, porque precisaria de licença para ser admitido aos privilégios dessa nacionalidade; nem do rei da França, porque como teria, então, o pai a liberdade de levá-lo consigo e educá-lo como achasse conveniente? E quem algum dia foi julgado como traidor ou desertor, por ter feito guerra contra um país ou o abandonado, por ter nele simplesmente nascido de pais que eram estranhos? É evidente, portanto, pela prática dos próprios governos bem como pela lei da razão, que nenhuma criança nasce súdita de qualquer país ou governo. Está sujeita à educação e autoridade do pai até atingir a maioridade; torna-se em seguida homem livre, com a liberdade de escolher o governo sobre o qual deseja viver. (LOCKE, 1978, p.79)

Comentando o artigo 106 da Constituição de 1934, Penna Marinho (1957) reconhece nos casos previstos nas letras "a" e "b" dois aspectos do *jus sanguinis* positivo: "o primeiro caso constitui o direito extraterritorial da nacionalidade brasileira; configura o direito de opção pela nacionalidade brasileira, o segundo". (PENNA MARINHO, 1957, p.168)

Em seus diários, Vargas (1995) registrou no dia 7 de novembro de 1937: "Estamos em franca articulação para um golpe de Estado, outorgando uma nova Constituição e dissolvendo o Legislativo. Recebi (...) por fim o Dr. Francisco Campos, que trouxe já prontos o projeto da nova Constituição e a proclamação a ser lida, redigida por ele, de acordo com o esboço que fiz e as notas que lhe forneci. Provavelmente será na próxima quinta-feira". (VARGAS, 1995, p.82)

A premeditada Constituição de 1937, baseada no autoritário modelo constitucional polonês de 1935, ficou conhecida por "polaca", denominação dada na capital federal às prostitutas vindas do estrangeiro, conforme estudo de Kushnir (1996, p.116). Além disso, o texto constitucional do recém-instaurado Estado Novo, informa Porto (1993, p.50), tinha semelhança com a constituição polonesa na medida em que esta previa em seu artigo segundo a concentração, na pessoa do general Psilduski, da única autoridade do Estado.

No período entre 10 de novembro de 1937 até o afastamento de Vargas, em 29 de outubro de 1945 não se reuniram as Câmaras Federal e Estaduais, em sintonia com o espírito do preâmbulo da Carta que denominou de "Legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em lutas de classes". (BRASIL, 1937)

Em matéria de nacionalidade, a Constituição de 1937 manteve as mesmas características de sua antecessora:

> Art. 115 - São brasileiros:
>
> a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do governo de seu país;
>
> b) os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os pais a serviço do Brasil e, fora deste caso, se, atingida a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira;

> c) os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do artigo 69, alíneas 4 e 5, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;
>
> d) os estrangeiros por outro modo naturalizados.

Com a redemocratização, a Constituição de 1946 tentou conciliar tendências ideológicas antagônicas (democracia social *versus* modelo liberal) e acabou, ensina Faoro (1985, p.18), por tornar seu conteúdo "liberal na essência, mas restrito na perspectiva democrática, inibidor da equação dos conflitos operário e restritivo nas possibilidades de viabilizar reformas de ordem social e econômica". Manteve, entretanto, a regra geral do *jus soli* em matéria de nacionalidade. A inovação veio configurar-se tão somente na redação do inciso II do artigo 129, que admitiu o *jus sanguinis* restrito e alterou os critérios de domicílio no Brasil presentes nas Constituições de 1824 e 1891, e de opção de maioridade das Cartas de 1934 e 1937. Dizia o texto constitucional:

> Art.129 - São brasileiros:
>
> I. os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo estes a serviço do seu país;
>
> II. os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem residir no país. Neste caso, atingida a maioridade, deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro de quatro anos;
>
> III. os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art.69, n°s. IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;
>
> IV. os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portugueses apenas residências no país por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física. (BRASIL, 1946)

Após os quatro sucessivos Atos Institucionais, decorrentes do golpe militar de 1964, o governo apresentou ao Congresso Nacional o projeto da nova Constituição, promulgada em 1967 e alterada pela Emenda Constitucional n° 1 de 1969. Nas palavras de Silva (2013, p.89) "teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga". Em matéria de nacionalidade, ambos os textos distinguem o brasileiro nato do naturalizado e mantêm o princípio do *jus soli*. Todavia ampliam a aplicação do *jus sanguinis* aos filhos de brasileiros que foram ou não registrados nos consulados do Brasil, preenchidas as condições previstas na Constituição.

> Art. 145. São brasileiros:
>
> I - natos:
>
> a) os nascidos em território brasileiro, embora de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
>
> b) os nascidos fora do território nacional, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil; e

> c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não estejam estes a serviço do Brasil, desde que registrados em repartição brasileira competente no exterior ou, não registrados, venham a residir no território nacional antes de atingir a maioridade; neste caso, alcançada esta, deverão dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira.
>
> II - naturalizados:
>
> a) os que adquiriram nacionalidade brasileira, nos termos do art.69, itens IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;
>
> b) pela forma que a lei estabelecer:
>
> 1 - os nascidos no estrangeiro, que hajam sido admitidos no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, estabelecidos definitivamente no território nacional. Para preservar a nacionalidade brasileira, deverão manifestar-se por ela, inequivocamente, até dois anos após atingir a maioridade;
>
> 2 - os nascidos no estrangeiro que, vindo a residir no País antes de atingida a maioridade, façam curso superior em estabelecimento nacional e requeiram a nacionalidade até um ano depois da formatura;
>
> 3 - os que, por outro modo, adquirirem a nacionalidade brasileira, exigidas aos portugueses apenas residência de um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física.
>
> Parágrafo único. São privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e de Vice-Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República, Senador, Deputado Federal, Governador do Distrito Federal, Governador e Vice-Governador de Estado e de Território e seus substitutos, os de Embaixador e os das carreiras de Diplomata, de Oficial da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. (BRASIL, 1969)

A seguir, o tema da dupla nacionalidade será examinado à luz das contribuições da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.

## 2 A QUESTÃO DA DUPLA NACIONALIDADE NA COMISSÃO PROVISÓRIA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

Com o fim do período militar, o recém-eleito Tancredo Neves prometeu, conforme Silva (2013), que nomearia uma Comissão de Estudos Constitucionais que deveria:

> elaborar estudos e anteprojeto de Constituição a ser enviado, como mera colaboração, à Constituinte. (...) José Sarney nomeou, não com boa vontade, a Comissão referida, que começou seus trabalhos sob intensa crítica da esquerda. Por muito tempo, a Comissão foi o único foro de debates sobre os temas constituintes e constitucionais. Logo que seu anteprojeto se delineara, viu-se que era estudo sério e progressista. Era a vez da direita e dos conservadores agredi-la, e o fizeram com virulência. (SILVA, 2013, p.91)

Nos debates que precederam a instalação da Assembléia Nacional Constituinte em 01 de fevereiro de 1987, o primeiro passo para a mudança no capítulo sobre a nacionalidade na Constituição Federal partiu exatamente da referida Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, estabelecida pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, e que concluiu seus trabalhos em 18 de setembro de 1986. Todavia, o Anteprojeto Constitucional preparado pela comissão não foi enviado pelo Presidente Sarney à Assembléia Nacional Constituinte. Conquanto o Anteprojeto da Comissão não tenha sido adotado no processo de produção da Carta de 1988, exerceu grande influência sobre o trabalho dos constituintes A Comissão era integrada por 50 membros e presidida pelo ex-chanceler Afonso Arinos de Melo Franco que apresentou uma proposta de Constituição, com mais de 400 artigos, duramente criticada por alguns setores da sociedade civil. Contudo, em matéria de nacionalidade, o texto mostrou-se surpreendentemente evoluído. O artigo 59 do texto da Comissão representou uma alteração de rota de 180 graus em relação aos rumos tradicionais dos ordenamentos constitucionais sobre a matéria, visto que, de acordo com Debrun (1990), reconheceu que "a identidade nacional brasileira não é uma só. As suas dimensões política e cultural em particular, não têm caminhado juntas, nem remetem a um mesmo espírito". (DEBRUN, 1990, p.46)

Dizia o artigo 59 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos:

> O Brasil, mediante tratado, poderá admitir a múltipla nacionalidade com qualquer país de seu interesse.
>
> Parágrafo único. Na hipótese do artigo anterior, a lei disporá sobre a manutenção da nacionalidade brasileira. (BRASIL, 1986)

Contudo, tal artigo jamais chegou a ser cogitado nos Projetos de Constituição da Comissão de Sistematização, que preferiu manter em seus Anteprojetos, no tocante ao capítulo da nacionalidade, o espírito das Constituições anteriores. Assim, a redação final da Carta aprovada em 05 de outubro de 1988 não avançou em nada sobre a matéria. Pelo contrário, ao alterar a expressão "em território brasileiro" por "na República Federativa do Brasil", para indicar o território soberano do Brasil, mirando-se no exemplo da Constituição de 1946 (art.129, I) os constituintes foram desditosos. Como observou Silva (2013, p.329) "o nome do Estado é mais restrito que o termo território, que é o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre as pessoas e bens". Carvalho (1956) já alertava para essa questão quando escreveu que:

> O território do Estado, além do solo compreendido nos seus limites geográficos, estende-se também a outros elementos (...) devendo compreender-se por território brasileiro: 1) o território propriamente dito, isto é, o território limitado pelas atuais fronteiras geográficas do Brasil; 2) os navios e aeronaves de guerra brasileiros, onde quer que se encontrem; 3) os navios mercantes brasileiros em alto mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro; 4) as aeronaves civis brasileiras em vôo sobre o alto mar ou de passagem sobre águas territoriais ou espaço aéreo estrangeiro. Não devem ser considerados território brasileiro, a *contrario sensu*, os navios mercantes estrangeiros de passagem em mar territorial brasileiro, nem as aeronaves comerciais estrangeiras de passagem sobre o espaço aéreo brasileiro, incluídos neste as águas territoriais ou espaço aéreo. (CARVALHO, 1956, p.56-7)

A seguir, será analisada a nacionalidade na Constituição de 1988 e os debates acerca da dupla nacionalidade que conduziram à aprovação da Emenda Constitucional de Revisão n°.3.

## 3 A NACIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 reservou o seu Capítulo III para tratar da nacionalidade:

> Art. 12. São brasileiros:
>
> I - natos:
>
> a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
>
> b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
>
> c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem em qualquer tempo pela nacionalidade brasileira;
>
> II - naturalizados:
>
> a) os que, na forma da lei, adquiriram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
>
> b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de trinta anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.
>
> Parágrafo 1° - Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro nato, salvos os casos previstos nesta Constituição.
>
> Parágrafo 2° - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.
>
> Parágrafo 3° - São privativos de brasileiro nato os cargos:
>
> I. de Presidente e Vice-Presidente da República;
>
> II. de Presidente da Câmara dos Deputados;
>
> III. de Presidente do Senado Federal;
>
> IV. de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
>
> V. da carreira diplomática;

> VI. de oficial das Forças Armadas;
>
> Parágrafo 4° - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
>
> I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva
>
> ao interesse nacional;
>
> II - adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária. (BRASIL, 1988)

Esse último inciso, presente nos artigos que regulam a perda da nacionalidade brasileira, reeditado em todas as Constituições do Brasil, foi interpretado por Carvalho (1956) da seguinte forma:

> Se o cidadão brasileiro, por vontade própria, adquire a nacionalidade de outro Estado, perde só por isso a nacionalidade brasileira, porque o vocábulo naturalização, no texto constitucional, será empregado no sentido *lato*, isto é, significa apenas a aquisição de uma nova nacionalidade, sejam quais forem as condições enumeradas pela lei do país da naturalização perdendo a nacionalidade brasileira, sem maiores indagações. (CARVALHO, 1956, p.246)

Na década de 1980 e início da década de 1990, com o agravamento da crise econômica que pauperizou amplos setores da classe média brasileira, descendentes de imigrantes europeus, interessados em realizar o caminho inverso ao de seus avós, iniciaram, discretamente, um movimento para a aquisição da nacionalidade de seus ancestrais, com os riscos da perda da nacionalidade brasileira. O Consulado da Itália em São Paulo, por exemplo, processou, apenas em 1990, entre 25 mil a 30 mil pedidos de nacionalidade por descendentes de italianos[3] que buscavam na emigração uma oportunidade de melhores condições de vida na Europa.

Também na Argentina houve um sensível aumento de pedidos de nacionalidade por parte de descendentes de europeus, em particular de italianos. Na análise de Cacopardo (1992), esse contingente emigratório era constituído, em sua maior parte, por jovens com curso superior que alentavam a possibilidade de obter a nacionalidade italiana,

> frente a una realidad cotidiana que resulta muy frustrante y a un futuro muy incierto, en particular para los jóvenes. Sería como una tarjeta de reserva que se podría utilizar si la actual estabilidad económica no persiste y además no conduce a mejores posibilidades de desarrollo personal y económico (CACOPARDO, 1992, p.491)

A requisição da nacionalidade de seus ancestrais à autoridade consular foi a forma encontrada, por aqueles demandantes, para escaparem ao rigoroso controle dos países da União Européia, em matéria de mão-de-obra, principalmente aquela oriunda do Terceiro Mundo. Lembra Enzensberger (1995) que:

> os conflitos inevitáveis que decorrem da migração em grande escala só se intensificaram quando o desemprego se tornou crônico nos países receptores. Em tempos de pleno emprego, que provavelmente nunca mais voltarão, milhões de

3 Dados divulgados pela revista Veja, edição 1194, n° 32, de 7 agosto de 1991, p.38.

> migrantes foram recrutados para o trabalho (...) 3 milhões trocaram o Magreb pela França; 5 milhões vieram para a Alemanha, entre eles quase 2 milhões de turcos. A imigração não era apenas tolerada, era bem-vinda. (ENZENSBERGER, 1995, p.127)

Na análise de Enzensberger (1995),

> toda migração - qualquer que tenha sido o fator a desencadeá-la ou sua motivação subjacente, seja ela voluntária ou involuntária e seja qual for a escala que assume - leva a conflitos. A defesa dos interesses locais e a xenofobia são constantes antropológicas que precedem qualquer racionalização. (ENZENSBERGER, 1995, p. 100)

Para Hobsbawm (1995, p.5-7), o aumento das migrações internacionais é "conseqüência lógica da globalização, da possibilidade de viagens extremamente baratas e da comunicação rápida entre regiões distantes". Os efeitos negativos da globalização, analisados por Santos (1995, p. A-3) e Hobsbawm (1995, p.57), apontam para o crescimento das desigualdades entre países ricos e pobres. Na realidade, lembra o primeiro, "as relações chamadas globais são reservadas a um pequeno número de agentes, os grandes bancos e empresas transnacionais, alguns Estados, as grandes organizações internacionais". Para o segundo, "a globalização pode estar sendo vantajosa para uma parte do Terceiro Mundo e não para a outra". Nessa perspectiva, são evidentes as vantagens daqueles cidadãos do Terceiro Mundo que possuem dupla nacionalidade a partir de uma ascendência européia, oriunda de um dos 27 países membros da União Européia.

Assim, a partir das pressões exercidas pelas bases parlamentares dos deputados dos Estados do Sul e Sudeste[4], principalmente, o então deputado Nélson Jobim elaborou um parecer recomendando a Emenda ao parágrafo 4°, do artigo 12 da Constituição de 1988, com duas ressalvas constantes no inciso II, alíneas "a" e "b" do novo texto. Ponderava Jobim (1994):

> a primeira veda a declaração da perda da nacionalidade brasileira nos casos em que o reconhecimento da nacionalidade estrangeira se dê em caráter originário (...) tendo em vista que a inexistência da mesma, tal como ocorre atualmente, pode permitir interpretação que resulte na cassação da nacionalidade segundo critério do *jus sanguinis*.[5]A segunda ressalva tem por finalidade vedar a perda da nacionalidade do brasileiro que, residente em Estado estrangeiro, se veja constrangido a naturalizar-se, adquirindo a nacionalidade deste Estado, por imposição da norma estrangeira e como condição de sua permanência em tal país ou como condição para o exercício de direitos civis. Esta disposição tem por escopo proteger da perda da nacionalidade o sem número de brasileiros que ao longo das últimas décadas tem

4 Foram os seguintes parlamentares que propuseram emendas ao parágrafo 4°, do art. 12 da Constituição de 1988: Freire Jr. (PMDB-TO), Germano Rigotto (PMDB-RS), Hugo Biehl (PPR-SC), Israel Pinheiro (PTB-MG), José Serra (PSDB-SP), Koyu Iha (PSDB-SP), Luís Eduardo (PFL- BA), Marcelino Machado (PPR-SP), Nélson Proença (PMDB-RS), Regina Gordilho (PRONA-RJ), Rita Camata (PMDB-ES), Roberto Valadão (PMDB-ES), Ronan Tito (PMDB-MG), Tourinho Dantas (PFL-BA) e Victor Faccioni (PPR-RS).

5 Essa posição é diversa daquela defendida por Silva (2013, p. 337) ao não reconhecer a dupla nacionalidade originária como causa da perda da nacionalidade brasileira e por Dolinger (1986, p.162) ao afirmar que "não é certo dizer que o Brasil não admite a dupla nacionalidade". No mesmo sentido, em reportagem publicada na Folha de S. Paulo de 04 de novembro de 1990, Celso Bastos e Luiz Olavo Baptista não admitiam a inconstitucionalidade no exercício da dupla cidadania. Além disso, a mesma matéria jornalística informava que no Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, até aquela data, não havia ocorrido nenhum caso de processo de cassação de cidadania brasileira motivado pelo acúmulo de nacionalidades.

> optado pela imigração para outros países, em fuga da aparentemente interminável crise econômica em que vivemos e em busca de melhores condições de vida. Ocorre, porém que estes brasileiros, normalmente menos favorecidos e que vão tentar a sorte no exterior, raramente pretendem desvincular-se da pátria-mãe e quase que invariavelmente acabam retornando ao Brasil, quiçá com algumas economias. (...) Não pode a pátria, fechar as portas a esses filhos que, muitas vezes em situações-limite, migraram em busca de oportunidades que não se apresentavam aqui. Por outro lado, é interesse do Brasil manter o vínculo político-jurídico da nacionalidade com estes brasileiros, senão por outra razão, ao menos para facilitar-lhes o retorno futuramente, tendo em vista a conquista de melhora nas condições de vida deles ou do Brasil. (JOBIM, 1994, p.19)

Tais afirmações do ministro Jobim confirmavam o entendimento de alguns respeitáveis juristas, como Huck[6] antes da edição da Emenda Constitucional de Revisão n° 3, sobre a possibilidade da perda da nacionalidade brasileira daqueles cidadãos que pretendessem acumulá-la com outra nacionalidade estrangeira.

A maior parte dos brasileiros que residem fora do país não cortou os vínculos com sua terra natal. A rigor, exercendo atividade no exterior, auxiliam seus familiares no Brasil. Na década de 1990, Barros (1996) dimensionou a importância econômica decorrente desse fenômeno emigratório ao constatar que "as remessas dos emigrantes brasileiros somam, em valores anuais, algo em torno de US$ 4 bilhões.[7] Hoje, em qualquer análise do balanço de pagamentos do Brasil, ressalta a importância do fluxo de transferências unilaterais de recursos". (BARROS, 1996, p.107)

Os emigrantes brasileiros, deslocados econômicos, formaram "colônias" no exterior, gerando, como afirmou Lampréia (1996),

> uma necessidade de proteção e acompanhamento por parte do governo. (...) A tendência previsível nos próximos anos é a de consolidação dessas comunidades, que começam a participar intensamente da vida econômica e social de muitas cidades e regiões do exterior e parecem destinadas a durar. (LAMPRÉIA, 1996, p.47)

Daí a necessidade, prossegue Lampréia (1996), da diplomacia brasileira acompanhar com crescente atenção o fenômeno da imigração ilegal,

> na medida em que ela gera não apenas restrições importantes ao livre trânsito internacional de pessoas, mas também atitudes individuais ou coletivas de discriminação nos países recipiendários e políticas de contenção e reversão das correntes migratórias nesses países. O crescimento da xenofobia é um corolário desse fenômeno e pode afetar também a comunidade brasileira no exterior. (LAMPRÉIA, 1996, p.46)

Se por um lado a Emenda Constitucional de Revisão n°. 3 corrigiu uma distorção, por outro lado, acabou por prejudicar a vida de uma parcela dos milhares de brasileiros residentes fora do Brasil, principalmente dos pais cujos filhos nasceram no exterior. A referida Emenda Constitucional, ao alterar a redação da letra "c", do inciso primeiro, do

6 Apesar das opiniões diversas, destacadas na nota anterior, na mesma reportagem publicada na Folha de S. Paulo de 4 novembro de 1990, Huck declarou "que a Constituição não admite dupla nacionalidade. Constitucionalmente, quem aceita nacionalidade estrangeira está correndo o risco de perder a brasileira".

7 De acordo Meihy e Bellino (2008, p.152), apenas no ano de 2002, os brasileiros que residiam no exterior remeteram ao Brasil US$ 4,6 bilhões.

artigo 12 para: "c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira", promoveu, acentuava Lampréia (1995,p.2), "a eliminação do registro consular no texto constitucional, deixando a repartição consular de conferir a nacionalidade" às crianças, "resumindo-se, hoje, tão somente, a mero ato de prova de filiação". Tal situação, ainda de acordo com Lampréia (1995, p.3), acarretou:

> Dificuldades de ordem prática e jurídica, tanto para o candidato à nacionalidade como para o poder outorgador. Como a 'opção' exige capacidade, até esta ser alcançada fica o menor sujeito a embaraços no país de residência, haja vista que, embora filho de brasileiro ou brasileira, não tem ele nacionalidade definida, fato tanto mais grave quando adote esse país de residência o *jus sanguinis*, que o priva da nacionalidade local de nascimento. (LAMPRÉIA, 1995, p.3)

Nessa última hipótese, a impossibilidade de registrá-los como nacionais do país de nascimento transformava essas crianças, filhos de brasileiros, em apátridas mirins. Visando contornar o problema, o Ministério da Justiça, através de despacho datado de 6 de junho de 1995, orientou o Itamaraty no sentido de que os consulados brasileiros efetuariam o registro da criança deixando claro que, para obter a nacionalidade definitiva, ela teria que residir no Brasil optando, quando da maioridade, pela nacionalização definitiva.

Essa alternativa foi institucionalizada a partir da redação determinada pela Emenda Constitucional n° 54, de 20 de setembro de 2007, que reformulou, a alínea "c" do inciso I do referido art. 12 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Todavia, como asseverou Abrahão (2018)

> Com isso a Constituição ameniza, mas não expurga, certos anacronismos como a *imposição* de residência para a concessão de nacionalidade brasileira. Muitos países concedem nacionalidade sem a necessidade de que a pessoa tenha posto os pés em seu território, permitindo, inclusive, a possibilidade de que votem no estrangeiro e nada perdem com isso. (ABRAHÃO, 2018, p.79)

Durante o período que antecedeu a aprovação da Emenda Constitucional de Revisão n°. 3, de 1994, a opção por uma das nacionalidades representou, em alguns casos, uma violência contra o indivíduo e sua família. Na hipótese de uma criança, que possuísse a nacionalidade brasileira transmitida por apenas um de seus pais, deveriam estes tomar medidas complementares para evitar a dupla nacionalidade da criança? Na lição de Lagarde (*apud* Rigaux, 1992, p.195):

> Est-ce qu'on choisit entre son pêre et sa mere? Pourquoi les obliger à choisir, pourquoi la volonté individuelle ici viendrait se substituer à un facteur de rattachement qui est double par nature et qui rattache cet enfant à deux pays ?

A questão da nacionalidade reveste-se de grande importância para os imigrantes que se estabeleceram definitivamente ou por um longo período num país estrangeiro. O desejo ou a necessidade de adquirir a nacionalidade do país de residência depende,

em grande parte, dos laços que o imigrante manteve com o seu país de origem e da utilidade da nacionalidade, cuja aquisição lhe permite permanecer no país que o acolheu.

A aquisição da nacionalidade do país de residência e suas conseqüências no tocante à nacionalidade do país de origem variam de acordo com o procedimento dos imigrantes adultos e de seus filhos. No caso de aquisição da nacionalidade do país de residência, o imigrante pode, de acordo com as diferentes legislações, renunciar à nacionalidade do país de origem ou perdê-la automaticamente. Todavia, a aquisição da nacionalidade do país de residência nem sempre traz, como conseqüência, a perda da nacionalidade de origem. Neste caso, os imigrantes podem possuir duas ou mais nacionalidades.

No início dos anos de 1990, algumas fontes revelaram que havia pelo menos dois milhões de brasileiros na condição especial de cidadãos de dois países, com direito a exibir fora das fronteiras do Brasil passaporte de outra nação.[8] Essa condição jurídica especial é fruto da superposição de princípios que regem a aquisição da nacionalidade. São os descendentes de imigrantes de países que adotam o *jus sanguinis*. Esse princípio, como foi visto, considera como cidadãos do país todos os descendentes de seus cidadãos, não importa onde estejam vivendo. É o princípio adotado pelos países de emigração ou colonizadores, interessados em não perder seus cidadãos.

Como bem salientou Willens (1946), em seu clássico estudo acerca da aculturação dos alemães no Brasil:

> Os contatos entre os povos europeus e americanos caracterizam-se, desde a época da emancipação política destes, pela incompatibilidade das concepções que se ligam ao *jus soli* e *jus sanguinis*. Esse conflito cultural assumiu, amiúde, formas mais graves entre países europeus de emigração e aqueles países americanos que, depois da independência acolheram grandes correntes imigratórias. Os povos europeus, já formados e homogêneos, adotam o *jus sanguinis*, com maiores ou menores atenuações que a experiência apontou; os sul-americanos, que receberam, durante os séculos de formação, grandes contingentes imigratórios, editaram leis baseadas no *jus soli*, com exceções que se prendem ao *jus sanguinis*. (...) Embora de um lado pareça predominar a opinião de que a incorporação de um indivíduo na comunidade nacional esteja condicionada ao local de nascimento, é inegável, de outro lado, que o fato de ter nascido no Brasil nem sempre garante o reconhecimento social do *status* jurídico de certos indivíduos. É que a opinião pública associa à imagem estereotipada 'do brasileiro' determinados caracteres somáticos. Acresce que também nos estereótipos de outros grupos étnicos, qualidades somáticas desempenham papel de muita importância. É inútil dizer que os estereótipos refletem apenas as tendências etnocêntricas do grupo, nunca porém a realidade no sentido antropológico. O que importa é o papel que os estereótipos raciais desempenham de fato. (...) Postos em confronto com as concepções do *jus soli*, os estereótipos raciais afiguram-se como exemplo claro daquelas inconsistências culturais que a opinião pública sabe conciliar recalcando-lhes facilmente a falta de lógica. (WILLENS, 1946, p.534)

O fenômeno de preservação da nacionalidade e da cultura étnica pelos imigrantes europeus nos Estados Unidos, o enfraquecimento desse tipo de preocupação na geração de seus filhos nascidos na América e o retorno ao cuidado com a preservação étnica, na geração de seus netos, ficaram conhecidos em 1937 por "lei de Hansen".

8 Folha de S. Paulo. São Paulo, 4 novembro de 1990. p. C-3.

Depois de mais de 50 anos, uma análise da tese de Hansen foi realizada por Ueda (1992, p.483). Sua pesquisa indicou que os imigrantes chegados aos Estados Unidos em 1920 exibiram baixas freqüências de naturalização. Tal fato estava relacionado com as altas taxas migratórias de retorno desses imigrantes a seus respectivos países de origem. A análise de uma amostra de estrangeiros, com idade mínima de 18 anos, naturalizados em Boston em 1930, mostrou que essa opção pela naturalização ocorreu na maturidade de suas vidas. Os dados revelaram que 40% dos imigrantes italianos e mais de 30% de judeus, de britânicos e de outras nacionalidades européias tinham idade superior a 40 anos quando se naturalizaram; 40% ou mais desses grupos de amostra tinham entre 31 e 40 anos de idade quando se naturalizaram. Esses dados limitados, conclui Ueda (1992, p.484), sugerem que a preservação da cultura étnica, para muitos imigrantes maduros, não foi afetada pela oferta de uma identidade nacional norte-americana.

Tal conclusão aproxima-se da reflexão sobre o tema da nacionalidade, empreendida por Machado de Assis (1976, p. 61) numa fala do conselheiro Aires: "a adoção da nacionalidade é um ato político, e muita vez pode ser um dever humano, que não faz perder o sentimento de origem, nem a memória do berço". Contudo, o que a prática demonstrou, historicamente, foi exatamente a prevalência da nacionalidade pelo *jus soli* – eventualmente dilatada pelo critério do *jus sanguinis* - e o não reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma segunda nacionalidade num flagrante desrespeito ao princípio da autonomia da vontade, como a livre determinação das regras às quais se submeter. Esse princípio deveria ser reconhecido pelos Estados que adotam o *jus soli*, facultando aos seus nacionais, descendentes de imigrantes, o livre exercício da dupla nacionalidade, permitindo-lhes o direito de integrar as respectivas comunidades políticas e exercerem plenamente os demais direitos previstos nas suas constituições.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caráter transnacional das migrações levou a situações fáticas de dupla nacionalidade, combinando o *jus sanguinis* dos países de origem dos genitores com o *jus soli* da pátria de gerações de descendentes de imigrantes. Esta situação se espalhou pelo mundo como resultado do aumento do movimento de pessoas, introduzindo novas noções como as lealdades plurais às esferas políticas. Nota-se a influência dos Estados de emigração utilizando os seus nacionais que se tornaram cidadãos nos países de imigração como uma força coletiva potencial, um *soft power* a serviço da diplomacia. (WENDEN, 2016, p.3)

Após 170 anos de história constitucional brasileira na defesa intransigente da "mono nacionalidade", os legisladores pátrios ao aprovarem Emenda Constitucional de Revisão n°3, de 7 de junho de 1994 se descobriram, como afirma Emerson (1996, p.131) "no rio dos pensamentos e acontecimentos, forçados a avançar por meio das idéias e necessidades de seus contemporâneos". Perceberam a emergência de uma mobilidade cada vez mais rápida de pessoas físicas no espaço geográfico, acompanhada pela consciência de sua própria transnacionalidade, numa área econômica relativamente unificada, e a prefiguração, no Mercosul, de um espaço de livre circulação inspirada na União Européia.

Parodiando Baudelaire (1996) numa clara antevisão do conceito de cidadania planetária de matriz kantiana, a intolerância ao reconhecimento da dupla nacionalidade pode "tornar-se rapidamente insuportável para o *homem do mundo*, para o cidadão espiritual do universo". (BAUDELAIRE, 1996, p.16-17)

O atual texto constitucional, atualizado pela Emenda Constitucional de Revisão n°3, de 7 de junho de 1994, interpretada extensivamente, deu um passo importantíssimo para a amenização dos conflitos em matéria de nacionalidade

A vocação da referida Emenda está em sintonia com o parágrafo único do artigo 4° da Constituição brasileira, cujo teor prevê que o Brasil "buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações". Esse projeto pré-estabelecido para a política exterior do Brasil, na análise de Dallari (1994), representa

> a irreversibilidade do tratamento constitucional da matéria de relações exteriores [e] implica, indiscutivelmente, a necessidade e inevitabilidade da incorporação à Constituição brasileira, (...) dos temas que, no âmbito dessa matéria, forem sendo realçados em razão do desenvolvimento acentuado no quadro da integração internacional. (DALLARI, 1994, p.201)

Finalmente, a dupla nacionalidade, legitima aspiração de milhares de brasileiros de ascendência européia, revestiu-se do manto da legalidade. O Brasil superou o anacrônico conceito de soberania absoluta, adequando-se às injunções da nova era de abertura de fronteiras visando a integração entre as nações.

## REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Carlos Eduardo S. Comentários ao Capítulo III da Constituição Federal. In: Costa Machado, Antonio Cláudio da. (org.); Ferraz, Anna Candida da Cunha. (coord.). Constituição Federal interpretada. 9ª. ed. Barueri: Manole, 2018.p.73-87.

ANDRADE, José H. Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921–1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROS, Sebastião do Rego. O Itamaraty e os brasileiros no exterior. Política Externa. São Paulo, v.5, n.3, p.106-14, dez.1996/fev.1997.

BAUDELAIRE, Charles. Sobre a modernidade. (Tradução e organização de Coelho Teixeira). São Paulo: Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura).

BRASIL. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Disponível em:<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Relatoria da Revisão Constitucional. Pareceres n°s 2-A e 2-B de 1994-RCF. Relator: Deputado Nelson Jobim. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1994.

BRASIL.Constituição Política do Império do Brazil. (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL.Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil. (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (decretada pelo Presidente da República em 10 de novembro de1937). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (de 24 de janeiro de 1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (de 24 de janeiro de 1967, com a Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Aviso nº 08/DCJ-MRE: JUST. 13 de abril de 1995. Ministro Luiz Filipe Lampréia. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1995 (mimeo.).

CACOPARDO, Maria Cristina. La emigración potencial de jovenes italoargentinos. Estúdios migratórios latinoamericanos. n.22, p.453-95, dec. 1992.

CARVALHO, A. Dardeau de. Nacionalidade e cidadania. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CAVARZERE, Thelma Thaís. Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994.

DEBRUN, Michel. A identidade nacional brasileira. Estudos Avançados. São Paulo, v.4, n. 8, p. 39-49, jan/abr 1990.

DOIS milhões de brasileiros têm dupla nacionalidade. Questão divide advogados. Folha de S. Paulo. São Paulo, 04 nov. 1990. Caderno Cidades. p.C3.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

EMERSON, Ralph Waldo. Homens representativos: sete conferências. (Tradução e notas de Sônia Régis). Rio de Janeiro: Imago, 1996.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. A grande migração. In: Guerra civil (Tradução de Sérgio Flaksman). São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.97-138.

FAORO, Raimundo. Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Constituição de 1934. In: Dávila, Luiz Filipe (org.). As constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudanças. São Paulo: Brasiliense, 1993.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. Publicado no DANC de 05 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

HOBSBAWM, Eric J. A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991). (Tradução de Marcos Santarrita). São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IGLÉSIAS, Francisco. Trajetória política do Brasil: 1500-1964. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

JOBIM, Nélson Azevedo. Da dupla nacionalidade. Folha de S. Paulo. São Paulo, 6 set. 1996, p.1-3.

JOBIM, Nélson Azevedo. Relatoria da Revisão Constitucional. Pareceres n°s 2-A e 2-B de 1994-RCF. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1994.

KUSHNIR, Beatriz. Baile de máscaras. Mulheres judias e prostituição: as *polacas* e as suas associações de ajuda mútua . São Paulo: Imago, 1996.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. (Tradução de E. Jacy Monteiro). 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LAGARDE, Paul. La nationalité française rétrécie (commentaire critique de la loi du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité). Revue critique de droit international privé. Paris, t. 82, n.4, p.535-63, oct./déc. 1993.

LAMPRÉIA, Luiz Filipe. O Brasil e o mundo no século XXI: uma visão do Itamaraty. Política Externa. São Paulo, v.5, n.3, p.37-49, dez.1996/fev.1997.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. Memorial de Aires. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1976.

MEIHY, José Carlos Sebe; BELLINO, Ricardo R. O estado dos emigrantes: o 28º. Estado brasileiro. Um mercado de US$ 60 bilhões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NÓBREGA, J. Flósculo da. Introdução ao direito. 7ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

PENNA MARINHO, Ilmar. Tratado sobre a nacionalidade. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957. 4v.

PIMENTA BUENO, José Antonio. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Brasília: Senado Federal/UnB,1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1 de 1969. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v.4.

PONTES DE MIRANDA, Nacionalidade de origem e naturalização no direito brasileiro. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1936.

PORTO, Walter Costa. A Constituição de 1937. In: Dávila, Luiz Filipe (org.). As constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudanças. São Paulo: Brasiliense, 1993.

RODAS, João Grandino. A nacionalidade da pessoa física. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SANTOS, Milton. Por uma globalização mais humana. Folha de S. Paulo. São Paulo, 30 nov. 1995. Especial A-3.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

UEDA, Reed. American national identity and race in immigrante generations: reconsidering "Hanses's Law". Journal of interdisciplinary History. v.22, n.3, p.483-91, winter, 1992.

VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v.1.

VALLADÃO, Haroldo. Dupla nacionalidade. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979. v.29, p. 419-22.

VARGAS, Getúlio. Diário. São Paulo/Rio de Janeiro: Siciliano/FGV, 1995. 2v.

VITRAL, Waldir. Vocabulário jurídico. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WENDEN, Catherine Wihtol de. La double nationalité, agency des populations migrantes et instrument de diplomatie des pays d'origine. In: Perrin, Delphine. (dir.) La plurinationalité en Méditerranée occidentale. Politiques, pratiques et vécus. Aix-en-Provence: Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, IREMAM. 2016. p.1-8.

WILLENS, Emílio. A aculturação dos alemães no Brasil: estudo antropológico dos imigrantes alemães e seus descendentes no Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946. (Coleção Brasiliana, v.250).

RECEBIDO EM: 29/05/2018
APROVADO EM: 24/09/2018

# A ESTÉTICA DA FÉ: ECOS DE UMA DEMOCRACIA ENCURRALADA

## *THE AESTHETICS OF FAITH: ECHOES OF A CORNERED DEMOCRACY*

**Lia Beatriz Teixeira Torraca**[1]

**RESUMO:** O que aproxima duas figuras políticas como Recep Tayyip Erdogan, atual Presidente da República da Turquia, e Marcelo Crivella, Prefeito do Rio de Janeiro, eleito em 2016? Buscar respostas para esta pergunta pode ajudar a compreender a atualidade política do Rio de Janeiro. Certamente não é a religião que os aproximam, mas as trajetórias políticas que foram forjadas para além de uma estética religiosa. Observar a trajetória de Erdogan pode ajudar na visualização dos aspectos que identificam uma *Democracia Encurralada*. Através dessa observação é possível verificar semelhanças que auxiliam na análise sobre as transformações sofridas pela cidade do Rio de Janeiro, durante a última década, que refletem na vida política brasileira. Este artigo pretende demonstrar que a fé é capaz de transformar a percepção social, provocando um movimento de abertura ou fechamento do sistema social; uma *estética de fé* que pode ser capaz de modificar radicalmente as formas do estado e da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Estética. Fé. Política.

**ABSTRACT:** What approximate two political figures as Recep Tayyip Erdogan, the current President of the Republic of Turkey, and Marcelo Crivella, mayor of Rio de Janeiro, elected in 2016? To search answers for this question could help to comprehend the political actuality of Rio de Janeiro. Certainly, it is not the religion that brings them closer, but the political trajectories that were forged far beyond from a religious aesthetics. To observe Erdogan´s political trajectory could help us to visualize the aspects that identifies a *Cornered Democracy*. Through this observation, it is possible to verify similarities that support the analysis about the transformations undergone by the city of Rio de Janeiro, during the last decade, which reflect in the Brazilian political life. This paper intends to demonstrate that the faith is capable to transform the social perception, provoking an opening or closing movement of social system; an *aesthetics of faith* that may be able to radically change the forms of the state and democracy.

**KEYWORDS:** Democracy. Aesthetics. Faith. Politics.

1 Graduada em Direito pela FND - UFRJ (1992), Mestre em Direito pelo PPGD UFRJ (2015), Doutoranda em Direito - PPGD UFRJ (2015/2019). Conselheira Adjunta da Mares Editora. liatorraca@adv.oabrj.org.br

## INTRODUÇÃO

Esta proposta de análise surgiu durante a tentativa de golpe na Turquia, naquela dramática noite do dia 15 de julho de 2016, cujo desfecho se deu na madrugada do dia seguinte. Uma experiência que permitiu uma série de reflexões, principalmente, as inevitáveis comparações entre a crise turca e a brasileira, resultando em um primeiro trabalho apresentado durante o VI Seminário Fluminense de Sociologia - PPGS-UFF, em novembro de 2017, intitulado "A estética da fé: uma análise sócio-jurídica da atualidade política no Rio de Janeiro a partir do destaque de alguns aspectos da trajetória política do atual Presidente da República da Turquia".

A primeira dentre essas reflexões foi sobre o desperdício de energia em uma disputa semântica travada no Brasil[2], em torno da palavra golpe. Uma disputa que refletia quão perdidos estávamos ao tentar traduzir a nossa realidade[3]. Enquanto preferimos esvaziar as ruas insistindo em discutir nas mídias sociais se estávamos ou não sob a ameaça de um golpe – parlamentar, a resistência dos turcos à tentativa de um golpe militar foi imediata, comprovando-se decisiva para preservarem sua democracia contra a ofensiva dos militares, ocupando as ruas, seja para deter os golpistas, seja para festejar sua democracia  É certo que a tentativa de golpe na Turquia foi muito mais fácil de ser identificada, diante da ameaça real que representou o bloqueio de pontes e estradas por militares fortemente armados, em plena sexta-feira, no horário do rush; afinal, tornar-se alvo de disparos a queima-roupa como resposta a quaisquer questionamentos ou tentativa de romper os bloqueios, não é uma questão que se possa permanecer discutindo por dias, meses ou anos. Nos dias que se seguiram após a tentativa do golpe militar, foi possível ouvir inúmeros relatos que vinculavam a bem sucedida resistência às conquistas democráticas, a partir de 1999, quando se desvencilharam do domínio militar; como também, à fé nos preceitos do Islã. Em praticamente todos os depoimentos, estas conquistas democráticas tinham um líder: Recep Tayyip Erdogan; um objetivo: a defesa da democracia; um alicerce: a fé.

Neste trabalho não será abordada a imagem que a grande mídia ocidental construiu desta controvertida personalidade do cenário político da Turquia, diametralmente oposta à imagem daquele que mereceu o apoio irrestrito da população turca durante e nos meses que se seguiram à frustrada tentativa de golpe militar, tão pouco será discutida a crise que capturou o Brasil, e que ainda é objeto de intensas disputas. O objetivo do presente artigo é buscar compreender a atualidade política no Rio de Janeiro, através de uma análise comparativa entre duas personalidades políticas que contabilizaram a fé como capital político. Um processo no qual a fé é protagonista na mudança da percepção social, podendo contribuir para a mobilização da sociedade ao ponto de permitir e legitimar interferências no sistema democrático, quiçá nos

2 Discussão proposta através do trabalho intitulado "Reflexos das Manifestações de Junho de 2013 no Brasil: perdidos entre disputas semânticas", em coautoria com Vinicius Azevedo, doutorando em Direito – USP, apresentado no 7º Seminário Direitos, Pesquisa e Movimentos Sociais, em abril de 2018, diante da observação de ambos os pesquisadores em relação às disputas e divergências se estaríamos ou não sob a ameaça de um golpe, principalmente nas mídias sociais, o que acabou provocando uma desmobilização, ou uma mobilização agendada ou concentrada em ambiente digital.

3 Há, na língua inglesa, uma expressão utilizada quando se perde o sentido original de uma palavra ao tentar traduzi-la: *lost in translation*. Uma expressão que é a tradução da atualidade brasileira, conforme foi exposto no trabalho apresentado no 7º Seminário Direitos, Pesquisa e Movimentos Sociais (ver nota 1).

desenhos institucionais do estado. É, portanto, sob a categoria da percepção que nosso trabalho recorre à estética.

A virada do milênio e o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 levaram Agamben, Bauman, Badiou, Rancière e outros teóricos, a discutirem sobre os desenhos do Estado, da democracia e da própria sociedade; a crise financeira de 2008 e os novos modelos de movimentos de protesto que passaram a ocupar as ruas mundo afora desde 2010, trouxeram a resistência como principal reflexão de Harvey, Castells e tantos outros intelectuais; os dias atuais nos impõem repensar o passado, seja o processo de globalização e as reproduções colonialistas, como Appadurai e outros pensadores propõem, mas, principalmente, sobre as ameaças fascistas restauradas em uma atualidade que a fé preenche as lacunas das desesperanças. É uma complexa fé numa determinada linguagem política, característica da direita e extrema-direita, que associa ordem, pureza, progresso e nacionalismo. É o passado esquecido que insistimos em repetir. É esta repetição que devora nossas expectativas democráticas.

Ao contrário do que possa parecer, há importantes semelhanças entre Istambul e Rio de Janeiro. É possível apontar alguns exemplos, como os processos de gentrificação para modernizar as duas metrópoles e que levaram inúmeros manifestantes às ruas em junho de 2013[4], guardando coincidências tanto em relação à estética dos protestos quanto à reação policial contra os ativistas; as duas cidades tiveram foram marcadas pela palavra golpe no ano de 2016; ambas mantém vivas as marcas do militarismo; as duas perderam o status de capital republicana, fazendo com que lutassem para manter o poder de influenciar os rumos do país, seja através do poder concedido pelo povo aos seus representantes, seja própria resistência deste povo.

Contudo, há que se observar cuidadosamente o que, a princípio, pode parecer uma diferença, como o fato do Prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, empreender uma espécie de fechamento e rompimento gradual com o modelo que caracteriza o Estado Democrático de Direito, ratificando a preocupação dos críticos no tocante à possibilidade de influência religiosa na gestão do município. Enquanto, Erdogan, ao contrário do que muitos supõem, acabou por inicialmente representar a abertura da República da Turquia para atender aos critérios da União Europeia e, assim, fazer parte de um modelo democrático *ocidental*, ainda que a adesão social ao projeto tenha se dado através da reintrodução da fé no sistema político, o que acabou por *encurralar* a democracia turca.

---

4 Coincidentemente, Rio e Istambul tiveram suas rotinas convulsionadas pelos movimentos de protesto, ambos em junho de 2013. No Rio de Janeiro, a insatisfação foi além dos vinte centavos de aumento à tarifa dos ônibus; em Istambul, a demolição do Gezi Park fez emergir uma série de insatisfações, não só com o projeto urbanístico que se mostrou muito semelhante ao carioca, ainda que este fosse para atender aos megaeventos e lá fosse para atender ao projeto de Erdogan de integrar a União Europeia. Ambas as cidades sofreram com a reação violenta do estado contra os manifestantes. Tanto nos movimentos de Istambul quanto nos do Rio de Janeiro, as mídias sociais foram os espaços de mobilização para os manifestantes, mas também foram os principais alvos de controle do estado, aproximando os dois modelos de democracia ao que Torraca chama de Democracia Encurralada*. Em 2013, durante os protestos do Gezi Park, também surgiram discussões sobre a luta de classes das minorias étnicas e religiosas que foram expostas no documentário Chronik einer Revolte – ein Jahr Istanbul (2015), exibido no Festival do Rio 2015 (2015 Rio de Janeiro International Film Festival), e conforme o exposto pelas diretoras, Ayla Gottschilich e Biene Pilavci, durante a mesa redonda promovida pela organização do evento.

* TORRACA, Lia B. T. **Democracia Encurralada: os reflexos das manifestações de 2013 no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2016.

A gestão Erdogan pode nos ajudar a refletir sobre como a fé pode influenciar na configuração política do estado, afinal, desde a vitória na guerra de independência, em 1919, e a proclamação da República da Turquia, em 1923, o povo turco busca primordialmente preservar os princípios republicanos, reverenciado aquele que representa todo esses valores, Mustafa Kemal Atatürk, inclusive a laicidade. Propomos esta observação que pode fazer visível como a fé, ao modificar a percepção social, pode permitir a reintrodução da religião ao sistema político, encurralando o próprio modelo democrático.

## 1 ERDOGAN: UMA TRAJETÓRIA QUE SE CONFUNDE COM A (RE) *DEMOCRATIZAÇÃO* TURCA

O primeiro degrau na trajetória política do atual Presidente da Turquia foi como Prefeito de Istambul, no período compreendido entre os anos de 1994 e 1997. Foi naquele mandato que Recep Tayyip Erdogan conseguiu costurar laços com a população de Istambul. Uma aliança que foi estratégica para a retomada de sua vida pública, após ter sido destituído do cargo, quando foi processado e julgado por ter recitado um poema durante um pronunciamento. Esta récita foi interpretada como incitação a um *revival* do período pré-republicano, o império otomano, levando a extinção de seu partido (islâmico), o Welfare Party[5], além da ruptura da parceria com aquele que é hoje seu arqui-inimigo, sob quem recaem as principais suspeitas de arquitetar a tentativa de golpe de 15 de julho de 2016, Fethullah Gülen. É em relação a este passado[6] que muitos críticos, dentro e fora da Turquia, articulam suas análises.

Em 2001, Erdogan retorna à cena política pretendendo demonstrar que havia deixado para trás a influência islâmica, recorrendo ao discurso secularista para, assim, fundar um partido conservador moderado, o AKP, o Partido da Justiça e do Desenvolvimento. Através de seu parceiro, Abdullah Gül, eleito Primeiro Ministro da Turquia, pelo então recém-formado AKP, Erdogan consegue anular o banimento imposto pela justiça turca, possibilitando que ele seja eleito Primeiro Ministro, em março de 2003, através do relevante apoio do eleitorado de Istambul, comprometendo-se publicamente com a democracia e a cultura democrática. Este é o ponto de partida para que Erdogan e o AKP possam empreender as reformas necessárias, em especial à constituição, para romper definitivamente com o período pós-golpe militar de 1980.

A figura de Erdogan, construída durante os anos como Primeiro Ministro (14 de março de 2003 a 28 de agosto de 2014), e agora como Presidente (desde 28 de agosto

5 O Welfare Party era o maior partido do parlamento turco até ser banido pela Suprema Corte turca, sob a acusação de violação das obrigações constitucionais, referente aos princípios seculares do Estado Democrático de Direito, "da república secular", como declarou à época o Presidente da Corte Constitucional, Ahmet Necdet Sezer, banindo também os políticos do partido. Havia a suspeita de uma oculta agenda radical do partido, conforme acusações da elite secular. Disponível em: <https://theguardian.com/world/1998/jan/17/turkey>. Acesso em: 19 out 2017.

6 O professor Hasan Kosebalaban lembra que foi o próprio Erdogan quem declarou publicamente a incompatibilidade "entre ser muçulmano e ser secularista". Porém, o que poderia ser interpretado como uma contradição do atual Presidente pode ser observada como a troca da identidade política islâmica pela visão política liberal, prefixando como neo ou pós-islamismo, portanto não seria uma transformação ou uma adaptação da ideologia islâmica (2005).

de 2014), foi essencial para romper o ceticismo e tentar convencer o mundo, acima de tudo, a União Europeia, que a República da Turquia rompera com um passado de ditadura militar ou com a possibilidade de um estado religioso, assumindo o compromisso de um Estado Democrático de Direito. Esta trajetória incluiu a retomada do diálogo com o PKK, Kurdistan Workers Party, acusado pelo atual governo de Ankara de ter ligações com o grupo terrorista YPG; trégua esta que foi interrompida em 2015, antes de Erdogan ser mais uma vez bem sucedido nas urnas, e após as sucessivas visitas da Premier alemã, Angela Merkel, figura central nas negociações entre Turquia e União Europeia.

São inúmeros os críticos à plataforma política de Erdogan, destacando-se particularmente o historiador Ilber Ortayli, diante da interferência e do controle no cotidiano turco em nome do estado, acentuada drasticamente após a tentativa de golpe em 2016. Sem esquecer que Erdogan era um dos principais políticos do Welfare Party, que antes de ser banido, foi acusado de promover o fundamentalismo islâmico. Porém, foi este mesmo Erdogan que transmitiu tamanha confiança ao ocidente, permitindo à Turquia ser convidada formalmente pela Comissão Europeia, em outubro de 2004, para iniciar as negociações com o intuito de integrar o seleto clube de democracias que formam a União Europeia, como salientou Steven A. Cook em seu artigo para a revista The Atlantic Magazine[7].

O projeto Visão 2023, que pretende configurar a Turquia para que possa integrar a União Europeia, foi central para o processo de (re)democratização da Turquia. Um projeto que impingiu significativas reformas nos campos político, econômico e social, para atender aos critérios formais de Copenhagen, acabando por transformar não só a infraestrutura, mas a própria identidade da Turquia. Ao contrário do pessimismo final do século XX, a chegada do novo milênio trouxe um novo olhar dos próprios muçulmanos turcos a partir da perspectiva das parcerias que poderiam ser firmadas com as democracias europeias. Entretanto, há que se observar as tensões internas provocadas pelo movimento de globalização, que vão desde a discordância em relação à reintrodução de uma agenda islâmica ao estado, até a sincronização desta mesma agenda às reformas exigidas pelo critério de pertencimento imposto pela União Europeia, o que para o Professor da Universidade Istanbul Sehir, Hasan Kosebalaban, seria o ponto crítico, responsável por impactar as percepções sociais.

A possibilidade de fazer parte da União Europeia significou, durante grande parte da gestão Erdogan, uma espécie de freio aquilo que seria uma tendência ao autoritarismo ou ao islamismo radical, até perceber que as concessões que vinha fazendo, sobretudo após a deflagração da crise migratória na Europa, seja em razão da guerra na Síria ou outros conflitos no norte da África e no oriente médio, não surgiam o efeito desejado. Esse efeito seria a definitiva entrada da República Turca na União Europeia, o que cada vez mais, parece distante de se realizar, em especial diante do crescente nacionalismo e da ascensão da extrema direita que vêm encurralando as democracias europeias.

7 Disponível na página: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2016/07/how-erdogan-made-turkey-authoritarian-again/492374/>. Acesso em 21 out 2017.

Como Erdogan conseguiu influenciar na mudança de percepção social durante o processo de abertura da Turquia, utilizando o conflito gerado internamente pela globalização como meio para reintroduzir a religião no sistema político, é uma observação que pode nos ajudar a refletir sobre o poder político das igrejas pentecostais, construído a partir da mudança de percepção social através da fé.

## 2 ERDOGAN E A MUDANÇA NA PERCEPÇÃO SOCIAL NA TURQUIA

O primeiro aspecto que precisamos destacar é que a República da Turquia não pode ser considerada, categoricamente, como uma ditadura[8], ainda que seja possível observar retrocessos quanto às conquistas democráticas, a partir da decretação do estado de emergência, após a tentativa do golpe de julho de 2016. Neste sentido, é interessante destacar a seletividade da grande mídia ocidental na repercussão sobre as decretações do estado de emergência. Vale lembrar que o estado de emergência decretado pelo governo francês, no final do ano de 2015, se mostrou muito mais próximo do conceito de estado de exceção permanente de Giorgio Agamben (AGAMBEN, 2004), do que o modelo excepcional adotado pelo governo turco. A insistência em diferenciá-los expõe a seletividade característica na construção da realidade pelas mídias ocidentais, pois o que os turcos experimentaram naquele 15 de julho de 2016, menos de 24 horas após o ataque terrorista em Nice, é tão ou mais grave, seja em número de vítimas, seja no significado de ameaça ao estado e cidadãos, um ataque à democracia turca. Não podemos desprezar o aterrorizante ataque de caças ao Parlamento turco, em Ankara, sem contar os inúmeros assassinatos perpetrados pelos militares contra civis completamente desarmados. Há que se refletir sobre os sentidos seletivamente atribuídos às palavras *terror* e *terrorismo* através das construções políticas e midiáticas, como salienta Arjun Appadurai, em seu livro "O Medo ao Pequeno Número: ensaio sobre a geografia da raiva".

Uma República que foi atingida por três golpes militares no período *Kemalista*[9], conforme enfatiza Jenny White (WHITE, 2013), que marcaram definitivamente a população e foram determinantes para introjetar um desejo de preservar, a qualquer custo, a democracia que ajudaram a construir, contraposta às restrições e à violência experimentada durante os regimes militares. Uma fé que foi – e é – determinante para a construção da identidade daqueles que resistiram à tentativa de golpe de 2016[10].

8 A imagem de uma Turquia controlada por uma ditadura foi construída, em grande medida, pela mídia ocidental e, em minha opinião, não reflete a realidade turca.

9 Período *Kemalista* se refere ao período republicano, quando o Estado não sofreu qualquer influência da religião islâmica, cujo grande herói foi o seu fundador, primeiro presidente, o militar Mustafa Kemal Atatürk. Ele é considerado o pai da Turquia e sua importância é ostentada em todas as paredes daquele país, seja em uma pequenina loja até as repartições públicas. É tocante como os turcos preservam sua memória.

10 Ao contrário das previsões que Erdogan decretaria estado de sítio, o Presidente turco determinou gratuidade do transporte público a partir do domingo, dia 17 de julho de 2016, durante uma semana. Naquele período Istambul se reuniu na Praça Taksim para celebrar a vitória contra os golpistas, que recebeu o nome de Festa da Democracia. Se antes a imagem de Mustafa Kemal Atatürk reinava sozinho em todas as paredes da Turquia como o pai da República turca, após a frustrada tentativa de golpe em 2016, Erdogan passou a dividir este espaço como o pai da Democracia turca. Se antes já existia uma divisão entre *kemalistas* e islâmicos (White, 2002), após a vitória da democracia Erdogan contabilizou ao seu favor convergindo ambos os lados em direção ao seu projeto de estado.

Uma identidade que projeta tanto o secularismo quanto a religião. Vale lembrar que as identidades não se transformam com o tempo, elas são continuamente renovadas preenchendo a memória social, não como algo passado, mas como acontecimento presente (LUHMANN, 2005, p. 72-73). É este modelo de democracia que reúne nacionalismo e a fé islâmica, um modelo que Erdogan soube articular e contabilizar como capital político para a manutenção do apoio popular.

Frustrando as expectativas negativas dos *kemalistas*[11], Erdogan representou a abertura da Turquia. Sua gestão significou a possibilidade da participação política de islâmicos na ideologia secular do estado, como pontua Jenny White (WHITE, 2013), além de ter sido muito bem recebida pelo mercado internacional, o que ajudou a formar uma percepção de estabilidade em torno do governo de Erdogan. Os *kemalistas* acabaram projetando a imagem icônica de uma "democracia autoritária" com o estilo secular ocidental, enquanto Erdogan conseguiu construir uma democracia nacionalista que coubesse alguns princípios do Islã, sem perder de vista o modelo democrático da União Europeia.

Para viabilizar a adesão popular ao novo projeto para a Turquia, também foi necessária a alteração de percepção do significado do que seria "oeste", o que se confunde com o próprio processo da globalização em Istambul, como observa Çaglar Keyder (KEYDER, 1999). Segundo Hasan Kosebalaban, o resultado deste "processo de interação entre forças islâmicas e o mundo exterior acabou por transformar todo um conjunto de percepções" (KOSEBALABAN, 2005), como também foi responsável pela criação de uma linguagem política turca que tornou possível o diálogo interno, e entre a Turquia e a comunidade internacional. Kosebalaban ressalta que esta construção só foi possível através da mobilização social acompanhada pela participação institucional em níveis doméstico e global. Para o Professor, a rapidez na mobilização das forças sociais, que tradicionalmente permaneciam na periferia dos sistemas político e econômico, coincide com a liberalização desses sistemas em nível doméstico, abrindo espaço para que emergisse um islamismo turco como linguagem que tornasse possível aproveitar as oportunidades do mercado global.

Uma linguagem construída pela força da modernização e da ocidentalização que tornou Istambul uma cidade global alternativa, como definiu Tanil Bora no livro *Istanbul: between the global and the local*; criada através de uma narrativa política, tanto islâmica quanto nacionalista (BORA *in* KEYDER, 1999; p. 48). Entretanto, esta combinação dos valores islâmicos e republicanos já estava incutida na sociedade (WHITE, 2013); afinal a maioria dos turcos combina em sua rotina conjuntos de crenças que podem dar a impressão de serem incompatíveis, como "rezar e votar, aprender ciência e virtudes cívicas na escola e valores muçulmanos em casa e em suas comunidades, eles dão esmolas e pagam taxas, eles se aconselham com Imans e levam à justiça questões legais" (BORA *in* KEYDER, 1999; p. 77), ironiza Tanil Bora.

11 Segundo White, "*Kemalist e Islamist* são termos autoafirmativos referentes a grupos de pessoas polarizadas reativamente em torno de certas questões", especialmente no tocante ao modelo social e que muito se referem a percepção que tem uns dos outros (2002; capítulo 1 – The Political Economy of Culture). É possível dizer que os *Kemalistas* representam a elite turca, e os islâmicos nacionalistas representam a base de apoio do Presidente Erdogan. Um apoio que foi forjado nas camadas mais humildes da Turquia, que passaram a ter acesso à educação e, portanto, à possibilidade de ascensão social.

Esta nova participação política na Turquia emerge por intermédio da internet, responsável por trazer novos sentidos para conceitos como democracia e direitos humanos, novos olhares e novas possibilidades de produção da realidade. É a mobilização que Castells nomeia "movimento social em rede" (CASTELLS, 2013, p. 12), linguagem construída por uma sociedade em rede (CASTELLS, 2010). Esta nova forma de comunicação só foi possível através da globalização. A abertura proporcionada pela globalização é fundamental para a sociedade turca estabelecer suas próprias confrontações, como foi possível observar durante as manifestações no mês de junho de 2013, em Istambul. Através dos novos canais de comunicação, particularmente as mídias sociais, a população oprimida, na maioria jovem, passa a se mobilizar e confrontar o poder público, ou apoia-lo, como se verificou durante o período após a tentativa de golpe na Turquia, no dia 15 de julho de 2016.

Hasan Kosebalaban salienta que no contexto do mundo islâmico, muitas vezes marcados por sistemas repressivos de estado, o impacto da globalização é ainda maior para construir ou fortalecer a mobilização social, ainda que a maioria não seja acompanhada pela participação de instituições políticas. Sem desprezar que a globalização pode ser fonte de angústia e violência, principalmente contra as minorias, como aponta Appadurai, fazendo surgir o que ele denomina como "identidades predatórias" (APPADURAI, 2009; 46-ss), que emergem da tensão entre identidades majoritárias e identidades nacionais, provocando verdadeiros genocídios, como forma de *limpeza étnica da nação*. Outro ponto que merece destaque é a exclusão do mundo islâmico das decisões que são concentradas nas mãos das nações ocidentais, ainda que afetem a todos. A sensação é de que o mundo continua a ser dominado e decidido como na época do Acordo Sykes-Piccot, em conformidade com os alinhamentos das democracias ocidentais.

Um alinhamento que desenha a confusão em torno de países que são majoritariamente muçulmanos, tornando mais fácil entender como a identidade islâmica acabou se transformando no vocabulário que é utilizado para expressar uma raiva contra o mundo islâmico, conforme adverte Kosebalaban (2005; p. 30). Para o autor, a globalização teria a função de aliviar este sentimento, na medida em que se torna um canal de mobilização social nas instituições participativas. Sem esta relação, a globalização acabaria potencializando esta raiva, acredita Hasan. Todavia, a censura é uma linguagem da maioria dos regimes políticos islâmicos, responsável por provocar conflitos internos quando emerge alguma mobilização social. Mas é a própria linguagem globalizada que promoverá uma espécie de emancipação social, especialmente por capacitar a interação destes atores com outros, em condições similares, no sistema internacional, explica Kosebalaban.

Durante este processo de globalização, a preservação arquitetônica da outrora Constantinopla foi percebida como uma forma de reconquista da fé islâmica, como observa Tanil Bora (BORA *in* KEYDER, 1999). A autora resgata um trecho do pronunciamento de Erdogan, no qual o político aponta as mesquitas como ponto de atração turística de Istambul, dando ao turista a imediata percepção que se "chegou a uma cidade islâmica" (KEYDER, 1999; p. 49), para explicar como Erdogan recorre à fé islâmica para imprimir uma sutil resistência à linguagem globalizada. Esta narrativa que pretende imprimir a identificação religiosa ao espaço urbano é estendida à produção cinematográfica e

teledramatúrgica[12], multiplicando-se a projeção da história dos grandes momentos do Império Otomano, igualmente, como forma de empoderamento social através da reconstrução de uma memória permeada de vitórias e sustentada pela fé.

Uma estética que também projeta uma identidade nacionalista que não descarta o passado, apesar dos efeitos silenciadores da gentrificação, como aconteceu com os sons da cidade, que passaram a ser controlados pelo Estado e calaram a voz de inúmeros vendedores de rua para atender às novas políticas de urbanismo, como é possível constatar através do documentário "Istanbul Streets: I Hear Music", de Giulia Frati. O belíssimo trabalho de Frati retrata como o processo gentrificador em Istambul modificou radicalmente a sociedade, semelhante às transformações vividas pelo Rio de Janeiro, sempre com o *tradicional* objetivo de atender aos projetos de modernização, seja através de Pereira Passos ou de Eduardo Paes, representantes do governo municipal do Rio de Janeiro e identificados como Prefeito do Século XX e o Prefeito do Século XXI, respectivamente.

## 3 UMA NOVA PERCEPÇÃO ATRAVÉS DA FÉ

A fé é capaz de transformar a percepção social provocando um movimento de abertura ou fechamento da sociedade, podendo interferir radicalmente no modelo democrático, quiçá nos desenhos do estado? Partindo do pressuposto que estética é percepção (ADORNO, 2004 e 2009; LUHMANN, 2005; MERLEAU-PONTY, 1999, 2015), é possível constatar não só a alteração da percepção social através da fé, mas como esta é capaz de encurralar o modelo democrático, sobretudo quando é uma estética desenhada pela fé. O primeiro passo para admitirmos a possibilidade da alteração da percepção social é que "temos muito mais percepção e somos muito mais influenciados pelas nossas percepções do que pensamos" (WATZLAWICK, 1991; p. 43). Esta influência é decisiva na determinação do nosso comportamento, que acaba se refletindo no ambiente. Talvez o elemento "desigualdade social" seja essencial na dosimetria desta influência.

No caso da Turquia, ao contrário do senso comum ocidental, a modificação da percepção aconteceu através da globalização, responsável por provocar uma mobilização social em torno da criação de um modelo que acomodasse a fé aos critérios democráticos que desenham a União Europeia, flexibilizando o modelo *kemalista*, arraigado nos princípios republicanos, especialmente a laicidade. Neste sentido, vale registrar que a fé islâmica fazia parte da identidade turca, diversamente do Rio de janeiro, que não carrega a identificação com uma religião específica, pelo contrário, é a cidade de todas as religiões, do sincretismo religioso, embora, hoje, se revele como poderoso reduto pentecostal, antes concentrado no poder da igreja católica, que se confunde com a própria colonização do Brasil. Há que se destacar a questão da identificação religiosa da cidade do Rio de Janeiro com o catolicismo, que para alguns estudiosos, é reforçada pela imagem da estátua do Cristo Redentor. Uma imagem que também acabaria identificando a sociedade carioca com o poder do cristianismo.

12 Um exemplo é o documentário "Kismet. How Turkish soap operas changed the world", da diretora Nina Maria Paschalidou.

Ao contrário do peso que se atribui à religião, a alteração da percepção social, no caso turco, deu-se em razão da globalização, como defende Kosebalaban[13], "transformando percepções hostis em identificação comum como membros de uma sociedade global" (KOSEBALABAN, 2005). Segundo o Professor, a globalização é um processo doméstico de institucionalização política que pode alterar as percepções, positiva ou negativamente, conforme variáveis estruturais, que incluem a possibilidade de escolha; sem esquecer o fato que a identidade determina o padrão de julgamento, o que será essencial para uma mudança de percepção do indivíduo neste embate entre interno e externo provocado pela globalização.

Anthony Giddens afirma que

> "a globalização não diz respeito apenas ao que está 'lá fora', afastado e muito distante do indivíduo. É também um fenômeno que se dá 'aqui dentro', influenciando aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas. [...] A globalização não é portanto um processo singular, mas um conjunto complexo de processos" (GIDDENS, 2007; p.22).

O sociólogo inglês alerta para o fato que a globalização seria responsável por criar novas pressões por autonomia local, fazendo ressurgir identidades culturais locais em várias partes do mundo, além de "brotar" nacionalismos locais como uma resposta a tendências globalizantes e ao enfraquecimento do domínio de estados nacionais mais antigos (p.23). É inegável que este processo acaba por empoderar as sociedades desprivilegiadas, provocando o efeito quem Giddens chama de colonização inversa (p.26); afinal a globalização "é apenas parcialmente uma ocidentalização" (p.26).

Esta possibilidade das sociedades não ocidentais estimularem novas formas de percepção nas sociedades ocidentais, como salienta Kosebalaban, também pode provocar internamente a percepção da extensão do isolamento que estas sociedades vivem, causando tensões ou intensificando aquelas já existentes (KOSEBALABAN, 2005; p. 28), sendo justamente este conflito que Erdogan soube aproveitar para construir e consolidar seu poder político, inclusive além das fronteiras turcas.

Esta dinâmica entre *insiders* e *outsiders,* promovido pela globalização, passível de influir na mudança de percepção social, poderia encontrar ressonância em nosso contexto de divisão, contribuindo para a alteração da percepção negativa existente entre moradores do morro e moradores do asfalto, responsável por alimentar uma circularidade de violência[14], que Torraca identifica como sendo característica da cidade do Rio

13 O Professor Hasan Kosebalaban fez uma espécie de adaptação do modelo de Samuel Huntington, para tentar corrigir sua insistência em ignorar o impacto transformador das instituições nas percepções. Esta adaptação ajuda também a refletir sobre concepções que enfatizam a identidade civilizacional islâmica como a causa do conflito, e a interrelação da política doméstica com a política internacional, justamente em razão da globalização. A chave deste modelo de instabilidade política é a modernização econômica e política, pois cria condições como urbanização e incremento dos níveis de educação nas nações em desenvolvimento e, consequentemente, a conscientização da população e seu engajamento político, conforme explica o Kosebalaban. Hasan salienta que antes da década de 90, os islâmicos turcos usaram o confronto retórico na descrição da posição da Turquia em relação ao Oeste, o que acabou se modificando nos anos seguintes a partir de um olhar mais global que acomodasse o sistema político doméstico e o *estrangeiro*. O atual Presidente turco foi responsável pela ascensão do partido AKP (*The Justice and Development Party*) que buscou se firmar esteticamente aos democratas cristãos, alterando a percepção social (KOSEBALABAN, 2005).

14 Para Paul Watzlawick, a circularidade pode ser compreendida pelo "facto da maioria das interações ser

de Janeiro (TORRACA, 2016). Essas são observações que nos ajudam a pensar a divisão no Rio de Janeiro; uma divisão que não é característica de Istambul. Uma divisão que marca a estética do Rio de Janeiro, uma divisão entre morro e asfalto, uma divisão que é a projeção de uma circularidade de violência retroalimentada por profundas desigualdades. É neste ambiente de desesperança que as igrejas pentecostais têm ocupado os espaços esvaziados, seja pela ausência do estado, seja pelo crime.

Segundo Torraca, a divisão sócio-econômica que marca a cidade do Rio de Janeiro, estabelecida entre morro e asfalto, projetaria a figura de uma *Democracia Encurralada* (TORRACA, 2016; p. 161-206; 2018; p. 59); um conceito que pretende explicar alguns aspectos do modelo democrático contemporâneo. Um modelo democrático que ganhou as formas de um estado de exceção permanente, conforme a descrição de Giorgio Agamben (2004), para atender à demanda construída em torno da "segurança"; uma narrativa que coloca a guerra como linguagem do cotidiano.

A Democracia Encurralada reflete uma estética herdada da ditadura militar, na qual a instituição policial espelha a face militarizada do estado contemporâneo (TORRACA *in* ALVARES, 2018; p. 59). É o modelo que em nome da segurança cria técnicas que são *naturalmente* absorvidas pela população, que dificilmente são percebidas como instrumentalizações da biopolítica. No caso do Rio de Janeiro, a Democracia Encurralada reflete uma democracia de privilégios para aqueles que vivem no *asfalto*, e sua completa ausência para aqueles que sofrem nas favelas (p. 59). Um modelo de democracia que na virada do milênio passou a reerguer seus muros, reconstruir suas fronteiras, cultivar suas cercas (VALLET, 2016). Uma estética que identifica a era da Antropofagia Democrática (TORRACA, 2016; p. 181-197), um fenômeno nomeado por Torraca e que está intrinsecamente relacionado à Sociedade do Espetáculo de Guy Debord (2010); uma sociedade desenhada pelo consumo e marcada pelo autoconsumo das expectativas democráticas. Uma sociedade que ao assimilar uma nova estética de comunicação, concentrada na imagem e na autoimagem, na qual devora e é devorada, consome e autoconsumida. É neste processo antropofágico que a fé é potencializada como linguagem de transformação, de inclusão, de pertencimento e de empoderamento. A fé passa a compor uma sofisticada técnica política, que projeta uma promessa de libertação, mas é, na verdade, apenas a transferência das rédeas da dominação.

Se Erdogan contou com expressivo apoio popular para erigir um modelo que reúne a fé islâmica e o nacionalismo, entre o republicanismo e a fé; Crivella parece desejar imprimir definitivamente a fé pentecostal na rotina carioca, se colocando como representante legítimo[15] da maioria para traçar rumos pouco republicanos, nada democráticos. A diferença é que no caso de Istambul, que depois se estendeu por toda República turca, havia uma fé represada pela rigidez do *kemalismo* para preservar os princípios

circular, com a causa a produzir efeito e o efeito transformar-se em causa fazendo *feedback* da causa original" (1991; p.93). Segundo o filósofo e professor de psiquiatria, "o comportamento de cada uma das partes envolvidas determina e é determinado pelo comportamento da outra" (p. 93), projetando uma dinâmica circular que leva a visões do mundo muito diferentes; visões alteráveis através da perspectiva.

15 Durante a intensa repercussão contra e a favor de uma exposição de arte, o prefeito Marcello Crivella, colocando-se como porta-voz do povo carioca, declarou que "o povo do Rio não quer aquela exposição de arte" (referindo-se à exposição *Queermuseu*), notadamente, extrapolando o poder que lhe foi conferido por parte do eleitorado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://m.extra.globo.com/noticias/rio/crivella-publica-video-contra-exposicao-de-arte-no-rio-21895717.html>. Acesso em: 19 out 2017.

republicanos. Foi este o elemento-chave que permitiu Erdogan forjar uma aliança com o povo turco: a liberação desta fé represada. A flexibilização do *kemalismo* acabou por representar a possibilidade de interferir nos desenhos do estado através de um apoio arregimentado pela fé. No caso do Rio de Janeiro, apesar da fé não ser um elemento recente, a novidade é a utilização como capital político em uma narrativa de solução para todos os problemas da cidade e da população carioca, potencializado através da alteração da percepção social engendrada, sobretudo, nas comunidades mais pobres da cidade, o que revela um movimento inverso, fechando-se em torno da fé – da *fé* pentecostal.

Enquanto Erdogan foi responsável por flexibilizar a maniqueísta separação entre o Islã e o Oeste, provocando a suspeição da elite política e intelectual, arraigada nos princípios republicanos e que rejeitava esta nova formulação impressa em um partido conservador democrata e islâmico; o Rio parece viver um processo de fechamento promovido pelas igrejas pentecostais imprimindo uma complexa conexão entre política e religião.

Apesar da possibilidade do Islã ter interpretações liberais e o secularismo interpretações não liberais, o discurso dominante na Turquia continua dando suporte às teorias modernistas convencionais que associam uma abertura islâmica, interpretada como "populismo", ou à corrupção do sistema com intenções de manutenção de poder. Ao contrário dos (neo)pentecostais cariocas, os muçulmanos turcos tem uma autopercepção solidamente construída e que identifica a sociedade turca, como também do ambiente, tanto doméstica quanto internacional, ainda que seja inegável a transformação, principalmente de Istambul, para se ajustar aos moldes das democracias europeias.

Enquanto a vigilância permeia as relações políticas na Turquia, por aqui a religião e a política[16] se misturam nos moldes do barroco *benjaminiano*[17]. Constroem a imagem do político como projeção do divino. É a esperança do resgate, da salvação através da fé. Quando Crivella promete que vai "cuidar" de seus eleitores, ele sabe exatamente o poder desta linguagem. Se estética é uma questão de percepção (MERLEAU-PONTY, 2015), é também uma questão daquilo que se constrói como realidade.

Quando observamos o discurso da "solução por intermédio da política", constatamos que é a mesma estética daquele político que emerge no contexto de crise, de desilusão, de descrença, de derrotas, como é possível verificar nos projetos de pacificação: "[...] buscar a paz quando for possível alcançá-la; quando não for possível, preparar os meios auxiliares da guerra" (HOBBES *apud* SATIE, 2009; p. 57). Tanto morro quanto asfalto acabam enredados numa comunicação em torno da palavra guerra. É a guerra do bem contra o mal, do belo contra o feio, do puro contra o corrompido, por isso é tão fácil que a população do asfalto não perceba as implicações do discurso de higienização, da remoção branca, da gentrificação. A narrativa da guerra acaba levando a população mais pobre a acreditar não só na guerra, mas na fé como arma nas batalhas do bem

16 Zuenir Ventura expõe a influência da religião no cotidiano das favelas cariocas, o que também expõe uma habilidade política que cada vez mais se impõe na atualidade brasileira, como pontua Zuenir (VENTURA, 1994; p. 171,129).

17 Adorno faz referência à fábula de Baudelaire, interpretada por Walter Benjamin, sobre um indivíduo que perdeu sua auréola, numa alusão à perda da própria aura (ADORNO, 2004; p. 153).

contra o mal, no qual, ele – fiel, pode representar a vitória do bem, modificando sua autopercepção, como também, a percepção do ambiente. É através da fé que ele *confia* nos discursos religiosos, e acredita que será representado politicamente.

A conversão religiosa é a arma nesta batalha espiritual contra o *Mal*, uma batalha que segundo a Professora Christina Vital da Cunha, "é um foco importante da ação de lideranças e fieis evangélicos" (VITAL DA CUNHA, 2015; p. 253), cujo fortalecimento espiritual é a chave para a *vitória.* Neste sentido, a performance religiosa é essencial para construir esta identificação, principalmente quando projeta a expulsão simbólica daquilo que é percebido como maligno (p. 187; 249-250; 262; 271-272; 274). Este maligno é interpretado como o obstáculo para uma vida melhor, mais tranquila, mais segura, e seguir vivendo do lado do mal seria passível de castigo (p. 370). O problema é que esta percepção se coaduna com uma estética de segregação que marca a cidade do Rio de Janeiro. Uma segregação que não faz parte da sociedade de Istambul.

Na sua busca para compreender a força dos evangélicos (e de suas redes) (p. 236), Vital da Cunha descreve como opera a transformação através da fé:

> "é o poder transformador de Deus e a percepção deles (evangélicos) em relação a si próprios como mediadores deste poder na Terra. Essa autopercepção é legitimada por diversos atores presentes no cotidiano das favelas que vão aos evangélicos, procuram suas redes, lideranças e igrejas, na esperança de ali encontrarem proteção divina, aconselhamento, conforto espiritual e emocional para o enfrentamento das mais diferentes situações do dia a dia" (p. 231).

Vale ressaltar que a potência pentecostal deve-se à obediência a um modelo de governo congregacional cuja principal característica administrativa, segundo a autora, seria a descentralização (p. 238-239), o que em muito explica não só a capilaridade desta estética de fé que se projeta na formação e consolidação de laços afetivos e no sentido de pertencimento, além da possibilidade de uma vida beneficiada pela intervenção divina (p.247), mediada pela autoridade pentecostal (p. 264).

Não podemos desprezar que o poder das instituições religiosas passa pelo discurso, responsável por técnicas de controle dos indivíduos. As técnicas do "fazer crer", como salienta De Certeau, "desempenham um papel mais decisivo onde se trata daquilo que ainda não é" (DE CERTEAU, 1998; p. 285). Estas técnicas de "fazer crer" foram absorvidas como estratégia política, principalmente na virada do século, e aprofundadas no século XXI, por partidos políticos vinculados a religiões, utilizando-se de um binômio relacionado à crença, entre a pretensão de *"falar em nome de um real"* e a capacidade do discurso, autorizado por um "real" que pretende disseminar *"elementos organizadores de práticas"*, isto é, em "artigos de fé" (p. 286).

Neste discurso está implícita uma espécie de promessa de ascensão através da fé, um discurso de empoderamento, que muitas vezes é acusado de ser populista, talvez por assumir uma linguagem populista, ou por se revelar populista quando se constata a distância entre o discurso e a realidade. É a inclusão social por intermédio da fé. É a inclusão que promove uma transformação positiva na própria percepção da exclusão e que recebe como retribuição o apoio, o voto!

Se a religião é fator que caracteriza a identidade de Istambul, ainda que tenha sido possível modificá-la a partir da globalização, no caso do Rio de Janeiro a identidade

evangélica é um elemento cada vez mais explorado nas comunidades pobres do Rio de Janeiro, "é parte da gramática das favelas e periferias do Rio de Janeiro" (VITAL DA CUNHA, 2015; p.417). Este fenômeno pode ser atribuído à projeção do respeito e proteção que porta o religioso, o que é essencial face à divisão da cidade, afinal o asfalto representa um risco para os moradores das comunidades, e a distinção conferida pela imagem evangélica reduz as chances de serem "confundidos", como observa Vital da Cunha (p.106; 127).

Esta "confusão" confirma a tese de Torraca sobre a existência de uma dinâmica circular de violência que caracteriza a violência urbana no Rio de Janeiro, cujo "comportamento de cada uma das partes envolvidas determina e é determinado pelo comportamento da outra" (WATZLAWICK, 1991; p. 93), levando essas *partes* a terem visões do mundo muito diferentes. A própria divisão da cidade reflete essas diferentes maneiras de perceber e comunicar a violência. A ordem é fixada sob uma dinâmica comunicativa de ameaça constante e recíproca, uma percepção disseminada pela mídia e pelo estado através do discurso do terror, e assimilada pela sociedade na forma de medo, do perigo, do risco, que passa, então, a exigir mais proteção e segurança, legitimando medidas de contenção e controle que retroalimentam uma dinâmica circular de violência. Em nome da segurança, estabelece-se a figura de uma *democracia encurralada* (TORRACA, 2016).

Neste contexto, a favela é projetada como território de violência e pobreza (CORTINA, 2017), estigmas que retroalimentam a divisão e a circularidade da violência que marca a cidade do Rio de Janeiro. Não por acaso a maioria da composição pentecostal no mundo é formada pelos mais pobres e mais vulneráveis, econômica e socialmente, como aponta Vital da Cunha (VITAL DA CUNHA, 2015; p.185). A conversão religiosa traz a mudança de percepção, tanto do ambiente quanto de si próprio, e sempre com uma conotação positiva, depositando na fé, grande parte da solução dos problemas cotidianos (p. 276; 343-345), além de transformarem a vergonha em orgulho (p. 209).

Vale ressaltar que o traficante é, segundo Vital da Cunha, a personificação do mal, pela perspectiva pentecostal (p. 264; 273). Uma imagem que também é construída pela polícia, daí as ocupações policiais nas favelas do Rio de Janeiro terem beneficiado o avanço das igrejas evangélicas, afinal o inimigo *construído* é o mesmo (subitem 8.2; p. 340). Outro aspecto relevante é a conversão do traficante ser traduzida como o ápice desta guerra do bem contra o mal, o que reforça o poder dos evangélicos na comunidade (p. 366). Uma transformação que identifica a paz como diferença de uma unidade de violência, chegando a alterações na arquitetura das favelas, uma mudança estética através da fé. Contudo, não é a paz uma continuação da guerra por outros meios? (ARENDT, 1970; p.8).

## CONCLUSÃO

Trazer uma análise da gestão Erdogan para investigarmos a atuação política de Crivella, é propor uma discussão sobre os possíveis reflexos de uma gestão que reintroduza a religião no sistema político, hoje no Rio de Janeiro, amanhã no Brasil inteiro. Se Crivella reforça a polarização social através de uma estética de fé que pretende enfrentar a violência e outros desafios impostos aos cariocas, popularizando a linguagem pentecostal como estratégia de poder político, Erdogan encontrou nos conflitos

gerados internamente pela globalização uma chance de reintroduzir no ambiente político uma fé que estava represada na sociedade turca. Estes dois movimentos políticos projetados numa estética de fé são capazes de interferir nos desenhos de um modelo democrático, maiormente quando contam com o apoio de grande parte da população. Um apoio que só é possível através da assimilação de um discurso religioso que se conecta com a *fé* individual.

Se o movimento político em Istambul foi acompanhado por políticas públicas que potencializaram este apoio por terem efetivamente mudado a vida da população, no Rio de Janeiro a retórica é mais forte do que a ação e a polêmica preenche o vazio de projetos que poderiam efetivamente enfrentar os inúmeros desafios que esta cidade apresenta.

Se antes éramos a cidade do sincretismo e da tolerância religiosa, a era Crivella pode nos fazer mergulhar em um ambiente fechado e retrógrado, cada vez mais distanciado de um modelo democrático. Pensar esses movimentos de abertura e fechamento social através de estudos comparados facilita não só a visualização dessas dinâmicas, mas contribui no redimensionamento do nosso olhar sobre essas transformações na percepção social e seus reflexos, principalmente sobre uma estética de fé, que pode projetar um *esquecer e repetir*, referido pelo Professor Raffaele De Giorgi ao falar sobre *risco*:

> "a sociedade esquece e repete, e através do esquecer e repetir, se expõe à evolução. Isto é, se expõe à imprevisível destruição das possibilidades que, com dificuldade, se abriram em direção ao futuro e à abertura de novas imprevisibilidades em relação às quais não se sabe o que será possível fazer." (2016; prefácio - p. 7).

Uma linguagem atualizada pelo processo de globalização, pelo medo, ou por uma violência *comunicada,* seja derrubando ou erigindo muros em nome da fé, encurralando a própria democracia.

## REFERÊNCIAS


ADORNO, Theodor W. *Teoria Estética.* Madri: Ediciones Akal, Madrid, 2004.

ADORNO, Theodor W. *Dialética Negativa.* Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo Sacer, II.* São Paulo: Boitempo, 2ª edição, 2004.

ARENDT, Hannah. *Da Violência.* Download da obra, disponível na página: <http://www.libertarianismo.org/livros/harendtdv.pdf>. Acesso em: 13 set 2014.

APPADURAI, Arjun. *O Medo ao Pequeno Número: ensaio sobre a geografia da raiva.* São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2009.

CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet.* Rio de Janeiro, RJ: Editora Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. Volume I.* São Paulo, SP: Editora Paz e Terra Ltda., 2010.

CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre.* Barcelona: Espasa Libros, 2017.

DEBORD, Guy. *La Société du Spectacle.* Download do arquivo <http://www.fichier-pdf.fr/2012/10/20/societe-spectacle2/societe-spectacle2.pdf>. Acesso em: 25 ago 2013.

DE CERTEAU, Michel**.** *A Invenção do Cotidiano. Artes de Fazer.* Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole.* Rio de Janeiro: Editora Record ltda., 6ª edição, 2007.

KEYDER, Çaglar. *Istanbul: between the global and the local.* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999.

KOSEBALABA, Hasan. *The Impact of Globalization on Islamic Political Identity. The Case of Turkey.* Sage Publications, vol. 168 – no.1 – summer 2005; pp. 27-37.

LUHMANN, Niklas. *A Realidade dos Meios de Comunicação.* São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad.* México: Editorial Herder, 2005.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O primado da percepção e suas consequências filosóficas.* Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SATIE, Luis. *Teoria Estética do Direito: um estudo da forma em Kant, Hegel e Adorno.* São Paulo: Clube de autores, 2009.

TORRACA, Lia B. T. *Democracia Encurralada: os reflexos das manifestações de 2013 no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2016.

TORRACA, Lia B. T. A Cornered Democracy: *The Echoes of the 2013 Demonstrations in Rio de Janeiro and the Architecture of a Crisis.* In: ALVARES, Lucia Capanema e Barbosa, Jorge (eds). Urban Public Spaces: From Planned Policies to Everyday Politics. Cham, Suíça: Springer Nature, 2018.

VALLET, Elisabeth A. *Borders, Fences and Walls: State of Insecurity?* London: Routledge, 2016.

VENTURA, Zuenir. *Cidade Partida.* São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

VITAL DA CUNHA, Christina. *Oração de Traficante: uma etnografia.* Rio de Janeiro: Garamond, 1ª edição, 2015.

WHITE, Jenny B. *Muslim nationalism and the new Turks.* New Jersey: Princeton University Press, 2013.

WHITE, Jenny B. *Islamist mobilization in Turkey: a study in vernacular politics.* Seattle: University of Washington Press, 2002.

WATZLAWICK, Paul. *A Realidade é Real?* Lisboa: Relógio d´Água Editores Lda., 1991.

RECEBIDO EM: 30/05/2018
APROVADO EM: 24/09/2018

# CRENÇAS, RELIGIÕES E ESTADO DE DIREITO

## *BELIEFS, RELIGIONS AND THE RULE OF LAW*

**Sebastião P. Mendes da Costa**[1]

**Carlos Alberto Molinaro**[2]

**RESUMO**: Este trabalho é um estudo sobre a religião, o direito fundamental de liberdade religiosa e sua percepção como direito cultural. Através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, numa perspectiva interdisciplinar, verificamos que no Estado Democrático de Direito a religião deve conviver com a igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça social e pluralismo intercultural. E se a religião também é fruto da cultura, a sua proteção deve ser feita nos mesmos moldes da proteção aos direitos culturais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos culturais. Liberdade religiosa. Proteção jurídica.

**ABSTRACT:** This work is a study on religion, the fundamental right of religious freedom and its perception as a cultural right. Through a bibliographical and jurisprudential research, in an interdisciplinary perspective, we verify that in the democratic state of right, religion must live with equality, dignity of the human person, social justice and intercultural pluralism. And if religion is also the fruit of culture, its protection must be made in the same way as the protection of cultural rights.

**KEYWORDS:** Cultural rights. Religious freedom. Legal protection.

1 Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí-UFPI, campus de Teresina-PI, Brasil. Pós-doutor em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universidade de Augsburg (Alemanha). Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Mestre em Antropologia e Arqueologia pela UFPI. Bacharel em Direito pela UnB. Advogado. prof.sebastiaocosta@gmail.com

2 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado- PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, com menção europeia. carlos.molinaro@pucrs.br

## INTRODUÇÃO

Esse trabalho é um estudo sobre a religião[3], o direito fundamental de liberdade de crença religiosa e a sua percepção como direito cultural, como produto da cultura que exige uma proteção também pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal Brasileira que busca salvaguardar a diversidade cultural. Prevista expressamente no texto constitucional, a proteção a liberdade religiosa é tema do direito constitucional no Estado Democrático de Direito uma vez que tenta harmonizar tal direito com a dignidade humana, a justiça social e o pluralismo intercultural. Se o Estado é democrático e de Direito, é dever proteger o pluralismo cultural. Como parte importante da cultura, as questões religiosas devem ser protegidas para se evitar um fundamentalismo religioso que tente desconsiderar as minorias, dentro de uma lógica de proteção a liberdade de consciência e de busca pela tolerância.

Essa proteção é de suma importância, uma vez que a inviolabilidade às liberdades de consciência, de religião (crença ou culto) e de convicção político filosófica obriga o Estado a resguardar as suas manifestações. Cumpre à lei, inclusive, proteger os locais onde as liturgias religiosas (com suas várias acepções de nomenclatura) se realizam.

Essa temática, porém, não pode ser tratada apenas com um enfoque jurídico e religioso. É necessário se estabelecer uma ampla abordagem interdisciplinar, utilizando-se de análises da Sociologia e da Antropologia Social para se compreender o fenômeno em seu aspecto global, visto que as crenças são elementos da identidade cultural e servem para indicar o pertencimento de um indivíduo a um grupo social. Os modos de vida do ser humano incluem seu sistema de crenças, e dessa forma, protegido pela liberdade religiosa, mas gozam também de proteção enquanto direitos culturais. Neste trabalho, vamos referir sobre a religião e a proteção jurídica da liberdade religiosa no âmbito constitucional. Analisaremos a religião como produto da cultura e abordaremos a sua proteção enquanto elemento da diversidade cultural. Ainda sobre a metodologia empregada, os temas enfrentarão uma abordagem interdisciplinar, com a abordagem de autores clássicos da Sociologia e da Antropologia Social, além de uma breve discussão jurídica que considera aspectos jurisprudenciais. Mostraremos que a religião, enquanto processo cultural, deve ser protegida também como direito cultural.

## 1 ESTADO LAICO E RELIGIÃO

A separação entre Estado e religião é uma das grandes conquistas da cultura ocidental. O fundamento do Estado no início era religioso. O chefe do poder político detinha também o poder religioso e era tratado como um Deus, tendo o poder natural de comandar. Com o renascimento na Europa e o Iluminismo, essas ideias começam a ser contestadas (FARIA, 2009) e geram a derrocada do absolutismo político. O marco jurídico dessa independência ao poder natural e fortalecimento do poder popular é a Constituição dos Estados Unidos. Essas ideias também foram protegidas em seguida na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. É nesse momento que há um reconhecimento da liberdade religiosa. A separação entre Estado

3 Parte da pesquisa bibliográfica deste trabalho foi realizada durante período de pesquisa de pós-doutorado na Universidade de Augsburg (Alemanha).

e religião fortalece a liberdade de crença e de consciência infundindo a criação dos direitos humanos no período moderno. Ao comentar sobre a separação entre Estado e religião, Edilsom Faria (2009) afirma que essa separação é uma grande conquista da cultura ocidental e que foi responsável por conquistas como o avanço e a liberdade da ciência, o respeito aos direitos fundamentais, a tolerância ao pluralismo religioso, assim como foi responsável pela democracia política.

O chamado Estado laico foi introduzido no Brasil com a proclamação da República. Segundo Edilsom Faria (2009), temos como fatos imediatos a isso a mudança da administração dos cemitérios, que passam a ser geridos pela Administração Pública e o casamento, que passa a ser civil.

Atualmente o Brasil é um estado laico, conforme estabelece o art. 19, I, da Constituição Federal de 1988:

> "Art. 19. É vedada a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesses públicos; "

Mesmo com a presença da menção à proteção de Deus já no preâmbulo[4] da Constituição Federal, não podemos perder de vista que o Estado Brasileiro é laico e, portanto, faz diferenciação entre as atividades do Estado e as questões religiosas. Estado laico, porém, não significa uma aversão à religião, uma hostilidade a ela ou mesmo um ateísmo, pois assim estaríamos privilegiando uma forma de pensar a respeito das questões religiosas. De acordo com o preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988:

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgando, **sob a proteção de Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. **[grifo nosso]**

O Estado laico está mais próximo do agnosticismo (LEITE, 2014, p. 326). Há um respeito em relação a religião, devendo-se inclusive permitir aproximações entre Estado e religião quando envolver o interesse público e desde que essas alianças sejam reguladas mediante lei.

É nesse contexto de Estado laico e cooperação que se insere a proteção a liberdade religiosa que trataremos nesse trabalho.

4 Na ADI 2076-5/AC (DJ 08.08.2003), Rel. Ministro Carlos Velloso, asseverou:
"II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa".

## 2 EVOLUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A LIBERDADE DE CRENÇA

As liberdades de consciência, de crença e de culto são algumas das reivindicações mais antigas dos cidadãos e alguns dos primeiros direitos a serem reconhecidos como direitos humanos e direitos fundamentais. Em tratados internacionais e mesmo na Constituição Federal de 1988, essas liberdades são tratadas de forma diferenciada. Apesar dos diversos pontos em comum, tais direitos (liberdade de crença e liberdade de culto são chamadas de liberdade religiosa) não se confundem. Liberdade de consciência seria algo mais amplo, uma vez que as chamadas objeções de consciência envolvem hipóteses não previstas na seara religiosa (SARLET, 2015).

Essas liberdades são basilares para um Estado Democrático de Direito que busca regular uma sociedade plural, que evita os chamados fundamentalismos religiosos e busca a convivência de pessoas com respeito a dignidade humana e a justiça social.

O respeito a liberdade religiosa deve ser entendido como uma necessidade estatal de neutralidade que não pode ser confundida com aversão a questões religiosas[5] e muito menos com intolerância religiosa. Deve haver uma convivência harmoniosa entre as religiões majoritárias com respeito às manifestações religiosas minoritárias[6], embora esse equilíbrio muitas vezes seja conflitante[7].

Essas minorias religiosas são tratadas por WEINGARTNER NETTO, que afirma:

> Diante desse programa normativo, deve-se operar com um conceito amplo de liberdade religiosa e de religião (um âmbito normativo alargado), que aposte no maior grau de inclusividade (abertura para religiões minoritárias e inconvencionais) compatíveis com a igual liberdade e dignidade dos cidadãos, anteparos ao fundamentalismo-militante, que discrimina e que se impor aos não crentes. (WEINGARTNER NETTO, 2013, p. 267)

O direito à liberdade de convicção religiosa abrange, inclusive, o direito de não acreditar em fé alguma, estando o Estado responsável pela defesa, também, do ateísmo[8].

---

5 O STF entendeu que em respeito à liberdade religiosa é dever da Justiça estimular a prática da religião pelo seu caráter pedagógico, que o beneficiário de suspensão condicional da pena (*sursis*) não pode ser proibido de frequentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos em locais não especificamente destinados ao culto. "A Justiça deve estimular no criminoso, notadamente primário e recuperável, a prática da religião, por causa do seu conteúdo pedagógico, nada importando o local". RE 92.916/81. Rel. Min. Antônio Neder. DJ 26.06.1981.

6 Após a Guerra dos Trinta Anos, os cidadãos dos muitos pequenos estados da Alemanha tiveram que viver de acordo com o princípio "cuius regio, eius religio", um princípio do Tratado da Paz Religiosa de Augsburg de 1555 entre a forças católicas e luteranas na Alemanha. Tal princípio foi reafirmado na Paz de Westphalia em 1648. Com isso, houve uma proteção das minorias religiosas que optaram por não alterar a sua confissão, sendo concedido direito de emigração (*jus emigrandi*). Cf. GORNIG, Gilbert; TRUE, Christiane. Minority Protections in Germany. 6 **Tilburg Foreign Law Review** 69, 1997. p. 79.

7 A Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu em 01.07.2014 pela validade de lei francesa que proíbe cidadãos de cobrirem toda a face em público. A polêmica lei francesa teria provocado a saída de adolescentes mulçumanos das escolas após essa proibição. (THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014)

8 Gerhard Robbers (2001), ao estudar a liberdade religiosa na Alemanha, defende que a liberdade religiosa é uma questão fundamental em qualquer comunidade que seja comprometida com a idéia de direitos humanos. Na Constituição Alemã, a liberdade religiosa significa liberdade de crença e liberdade de agir de acordo com as suas crenças, ou seja, uma idéia de liberdade positiva.
Na Alemanha, a liberdade religiosa também está presente na Constituição dos *Länders*, na jurisprudência e em acordos entre o governo e organizações religiosas específicas. O direito à religião é visto a partir de três princípios: liberdade, neutralidade e tratamento igualitário. A liberdade religiosa não pode

Não podemos compreender, porém, a liberdade religiosa separada da identidade sociocultural, e é por isso que no Estado Democrático de Direito, o direito constitucional aborda tal matéria harmonizando liberdade religiosa com igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça social e pluralismo intercultural.

## 2.1 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E LIBERDADE DE RELIGIÃO (ART. 5º, VI E VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Liberdade de consciência e liberdade de religião são direitos fundamentais distintos. Enquanto a liberdade de consciência é entendida como uma faculdade do indivíduo de autodeterminar aspectos de ordem ética, garantidora de uma autonomia do próprio indivíduo, a liberdade de religião é vista como a liberdade de ter ou não uma religião, e abrange a liberdade de crença, liberdade de expressão em matéria religiosa, liberdade de culto, direito a assistência religiosa, além de direitos como de reunião e associação e privacidade no aspecto religioso (WIENGARTNER NETO, 2013). Todos esses direitos estão protegidos pela Constituição Federal de 1988, em especial no seu artigo 5º, incisos VI, VII e VIII. Segundo Fábio de Carvalho Leite:

> "A proteção constitucional à liberdade religiosa, portanto, não se refere à tutela a uma corrente de ideias ou de pensamento, mas à compreensão de um direito mais amplo de liberdade de consciência, que assegura a autodeterminação existencial e ética dos indivíduos, a defesa do seu âmbitode racionalidade e de consciência, e que se desdobra em diversos campos, como o filosófico, o ideológico e o religioso. " (LEITE, 2014, p. 308)

## 2.2 LIBERDADE DE CRENÇA E DE CULTO

A liberdade de crença é entendida como a faculdade do indivíduo escolher uma religião, assim como a liberdade de mudar de religião ou mesmo a possibilidade de não seguir religião alguma. Por outro lado, a liberdade de culto está relacionada a manifestação exterior da crença, ou seja, da manifestação de atos que são próprios a essa religião. Teríamos então a liberdade religiosa dividida em dois aspectos, um interno que seria a liberdade de crença, e outro externo, que seria a manifestação do culto, que pode ser no templo, mas também em grupos ou mesmo individualmente. (NAME *apud* LEITE, 2014, p. 312). Dessa forma, a liberdade de culto poderia sofrer limitações. Já a liberdade de crença não teria essa possibilidade de limitação. Como afirma Fabio Carvalho Leite:

> "Desse modo, deve-se assumir que a liberdade de crença é o direito de exprimir uma crença e não o de ter uma crença (condição necessária, mas não suficiente à caracterização deste direito fundamental). Reconhece-se que o conteúdo deste direito compreende contornos mais amplos do que o de simplesmente poder-se

simplesmente ser limitada por uma lei sob a justificativa de se reforçar o interesse público. É necessário se estabelecer um equilíbrio entre interesses públicos legítimos e a liberdade religiosa. Gerhard Robbers (2001, p. 648) mostra exemplos de decisões de Cortes Alemãs, como é o caso de decisão do Tribunal Administrativo Federal ("Das Bundesverwaltungsgericht"), em favor da liberdade religiosa e contrárias ao interesse público, como é o caso da decisão que permitiu que alunos e professores possam participar de tradições religiosas que possam interferir com os regulamentos de escolas públicas.

> afirmar possuir uma crença, mas é este o seu núcleo de proteção. É dizer: é claro que a plena realização do direito à liberdade de crença depende não apenas do direito de exprimir a crença, mas de uma autodeterminação existencial a partir dela." (LEITE, 2014, p. 313)

### 2.3 ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

Ainda sobre a liberdade de religião e de consciência, a Constituição brasileira estabeleceu a possibilidade de se conciliar um possível conflito entre uma determinação estatal e o cumprimento de uma conduta de cunho religioso imposta por uma determinada religião. Segundo o art. 5º, inciso VIII da Constituição Federal de 1988:

> "VIII – ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. "

Percebe-se, entretanto, que há a necessidade de lei para o estabelecimento das prestações alternativas, de forma que o conflito continuaria a existir se não houver a fixação legal. (LEITE, 2014, p. 315)

Não se pode desconsiderar, obviamente, em questões que envolvam a escusa de consciência religiosa a ponderação. No exemplo de recusa de vacinação obrigatória ou mesmo transfusão de sangue necessária, principalmente em casos que envolvam crianças, adolescente e mesmo incapazes, as soluções a favor da saúde e da vida, como destaca WEINGARTNER NETO (2013).

## 3 O ESTUDO DA RELIGIÃO PELAS CIENCIAS SOCIAIS

Temos, porém, que considerar estudos de outras áreas ao abordarmos temas religiosos. O estudo das crenças e da religião de uma forma mais geral possui uma gama de aspectos abordados por diversos autores, alguns deles clássicos das Ciências Sociais.

Aqui analisaremos a religião sob os enfoques das tradições francesa, alemã e inglesa da Antropologia através do estudo de três pensadores: Durkheim, Weber e Evans-Pritchard.

Iniciamos nosso estudo com a abordagem realizada por Durkheim sobre as práticas religiosas dos aborígenes australianos. Em *As formas elementares de vida religiosa* (2000), Durkheim reconhece as revelações importantes feitas por etnógrafos no estudo das sociedades. O interesse de Durkheim pela etnografia surge das contribuições que esta começava a prestar à Sociologia, principalmente no que diz respeito à delimitação de campos de investigação. A escolha pelos casos mais simples das civilizações chamadas primitivas constituiu-se**,** na visão de Durkheim, um procedimento revolucionário para o entendimento de certos fenômenos sociais, dentre eles os fenômenos religiosos. Para Durkheim, cada observação oferece um valor de experiência, permitindo isolar verdades gerais. É o método utilizado pelo autor francês um dos pontos mais relevantes em seu trabalho sobre religião, uma vez que define seu objeto de estudo e busca desconstruir o que se havia dito anteriormente sobre ele.

Durkheim busca explicar o social pelo social, tentando identificar o que há de essencial a todos os homens. Essa postura questiona o etnocentrismo, mostrando que os nativos também são capazes de construir um sistema religioso. A religião tem uma função social: é a sociedade adorando-se. É a religião como um fato social, desmistificando-se o sagrado.

O autor francês pretende identificar o que há de essencial em cada sociedade, o que é elementar a cada religião. Para Durkheim, a religião é a "sociedade se adorando", é uma forma de enaltecê-la e que está presente a todas as sociedades, sendo o totemismo sua forma elementar. Totemismo, para esse autor, constitui-se uma crença manifestamente religiosa, implicando numa classificação de seres e objetos segundo a oposição entre sagrado e profano; tal oposição é para Durkheim fundamental na caracterização do mundo religioso. Todos os homens participam de uma consciência coletiva e o sagrado inspira tal consciência. O totemismo relacionar-se-ia à organização da sociedade, especificamente à organização clânica e seria o fato social mais simples, a forma elementar da religião e fundamental para sua análise. Nas religiões, os homens se representariam juntamente com a sua sociedade, sendo o totemismo a forma de manifestação mais simples dessas representações.

Ao propor o estudo do totemismo e a partir desse fato inferir generalizações acerca da natureza humana, Durkheim estava convencido de um substrato comum a todas as religiões independentemente dos estágios de desenvolvimento de umas em relação a outras. Para ele, a uniformidade de uma conduta social é um indicador de uniformidade de pensamento. A semelhança entre as práticas corresponderia a uma semelhança de pensamento e de consciência entre os homens. Os fatos religiosos seriam produtos do pensamento coletivo, sendo a religião, portanto, explicada por fatores sociais, abordando questões além do empiricamente observável; é o estudo do social pelo social, e não pelo divino, nem pelo psicológico. Mais importante que a abordagem etnográfica considerada por Durkheim é o método que ele utiliza, não tratando sozinho do assunto, dialogando sempre com outros autores, construindo assim sua autoridade sobre o tema.

Max Weber procura compreender a forma de vida do mundo ocidental. Seu trabalho sobre religião em *Economia e Sociedade* (1996) realiza-se pelo estudo de várias questões com o intuito de compreender essa visão de mundo. Dessa forma, questões econômicas, jurídicas e políticas são tratadas pelo autor com o objetivo de entender o mundo ocidental. O estudo da religião não escapa à regra e é utilizado como meio de entendimento do pensamento do ocidente. É a religião como ação social.

Racionalidade é a palavra chave para Weber. Se algo segue os melhores meios para o fim, então é racional. O contrário seria irracional. Weber propõe que existam religiões mais próximas da esfera racional, enquanto outras mais próximas da esfera da irracionalidade. Ao contrário de Durkheim, que procura fazer um estudo com base em etnografias para analisar a religião, Weber aborda grandes tradições ligadas a uma análise histórica com o intuito de se entender a realidade. Análise histórica e análise etnográfica são fundamentais para Weber. A religião passa a ser um tema prático para se entender um problema de plano teórico e o totemismo um instrumento de demonstração. Outra diferença para o autor francês é que Weber, além de abrir espaço para se trabalhar o *indivíduo*, considera o estrangeiro importante (assim como Morgan, 1973), pois tem poder transformador, ao contrário de Durkheim que não o trata de forma

tão relevante e que tem como preocupação fundamental as *representações coletivas*. Enquanto para Durkheim tudo se explica pelo social, para Weber tudo se explica pela história numa eterna busca pelas origens, tentando explicar o mundo através do método compreensivo.

Weber procura descobrir as formas elementares da racionalidade, levando em consideração o estudo da religião, mas sempre examinando assuntos da realidade, como a mudança da religião para a ordem jurídica. Para esse autor, as religiões têm inspiração sagrada, mas com consequências profanas, conhecimentos profanos, que fazem por exemplo a mudança da religião para a ordem jurídica.

Em *Nuer Religion* (1956), Evans-Pritchard realiza um estudo efetivamente etnográfico, convivendo com os nativos e até aprendendo sua língua como um falante fluente. O livro de Evans-Prichard é recheado de *tropos*, figuras de linguagem, principalmente metonímia, sinédoque, metáfora e ironia. O entendimento de tais figuras de linguagem mostra a interação do etnógrafo com os nativos. Aliás, a dificuldade de aprender a língua é a todo instante abordada no livro, havendo uma preocupação por descrever minuciosamente o que quer dizer cada termo nativo. Este trabalho de Evans-Pritchard é eminentemente etnográfico e a todo o momento o autor alude ao fato de ter estado no campo, para legitimar sua pesquisa e suas conclusões. É a riqueza etnográfica um dos pontos essenciais do livro. A forma de utilizar os dados provoca conclusões importantes como mostrar que os dados etnográficos não envelhecem. A publicação da pesquisa de Evans-Pritchard, após diversos anos da coleta dos dados, prova que a etnografia é atemporal. A análise teórica é atemporal, por isso mudanças na sociedade, posteriores ao tempo de pesquisa de campo, não influem na análise teórica.

O autor inglês retrata a religião como um fenômeno filosófico. Evans-Pritchard estuda a religião, os fenômenos religiosos, por isso não descreve batismos e casamentos, que não seriam considerados fenômenos religiosos, mas sim ritos sociais. Essa é uma diferença básica para os três autores. Enquanto Evans-Pritchard estuda a religião propriamente dita, retirando dela tudo que não é fenômeno religioso, Weber e Durkheim buscam estudar os vários fatores que influenciam e que são influenciados pela religião. A crença religiosa para o autor inglês é fundamental, enquanto para Weber e Durkheim apenas explica o social. Outra diferença é que para Weber, quanto mais cerimônias, mais irracional é a religião. Evans-Pritchard, porém, discorda dessa afirmação. Assim, o autor caracteriza a religião Nuer mostrando que ela possui pouca materialidade. Esta característica só foi possível observar devido ao processo etnográfico realizado por Evans-Pritchard. Aliás, é o processo etnográfico o fundamental no trabalho desse antropólogo inglês que legitima suas conclusões pelo fato de estar lá e de verificar naquele caso concreto que as conclusões de diversos estudos sobre a religião não se aplicam. Evans-Pritchard e Durkheim pretendem mostrar o mesmo, mas com enfoques diferentes. Enquanto Durkheim utiliza a religião primitiva para entender a sua própria religião, Evans-Pritchard pretende entender a religião *Nuer*, que é o ponto central do livro. Todavia, se em Durkheim é o método utilizado na abordagem das representações coletivas o que se sobressai, no trabalho de Evans-Pritchard é justamente o processo etnográfico que é tido como o mais relevante.

Mais que um trabalho sobre religião, percebe-se que estudar a obra desses autores é buscar entender as tradições do pensamento antropológico que eles representam.

Toda a preocupação da Antropologia Francesa no aprofundamento teórico de sua abordagem está presente no esforço de Durkheim ao trabalhar o totemismo e as representações sociais. Da mesma forma, o trabalho de Max Weber é um fiel representante da Antropologia Alemã. Os conceitos de juízo, valor, senso comum e principalmente "Bildung" e "Verstehen" (GADAMER, 1998) tão presentes na cultura alemã estão presentes na obra desse autor que abre espaço para se trabalhar o indivíduo. A Antropologia Inglesa, caracterizada pelo detalhamento etnográfico, principalmente pelo fato de suas etnografias terem sido feitas em ex-colônias inglesas e por funcionários do governo, é retratada claramente na obra de Evans-Pritchard. Os estudos desses relevantes autores mostram a religião como um fenômeno cultural e através dela conseguimos compreender a sociedade que analisamos. A proteção da religião e da liberdade religiosa passa necessariamente pela proteção da identidade cultural.

## 4 RELIGIÃO COMO PRODUTO DA CULTURA

O clássico conceito de cultura do inglês E. B. Tylor afirma que cultura é "um todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro da sociedade"[9] (TYLOR, 1871). Ou seja, no conceito de cultura temos a presença do sistema de crenças como fato social adquirido pelo homem como membro da sociedade. O conceito de Tylor descreve uma regularidade na religião e permite assim o seu estudo sistemático. (LARAIA, 1999, p. 30) O aspecto religioso ajuda a compor a identidade cultural e é um dos responsáveis pelo sentimento de pertencimento de um indivíduo a seu grupo social, a sua comunidade (COSTA, 2011).

A religião como um produto da cultura é um fenômeno estudado pelo antropólogo americano Clifford Geertz (1989). Tal autor procura elaborar um estudo crítico sobre a religião e seus aspectos culturais. Inicialmente, Geertz faz uma reflexão sobre os estudos da religião e compara entre os estudos feitos antes e depois da segunda guerra mundial. Segundo ele, não houve um progresso teórico no estudo da religião, sendo acrescentados apenas dados empíricos novos. E ainda, os aspectos conceituais são retirados da mesma tradição intelectual, não buscando novos conceitos e informações em outras áreas, como Filosofia, História, Literatura ou mesmo o Direito. Não há dúvida que a noção de religião tem a capacidade de fazer um ajuste na conduta humana e faz uma projeção de uma ordem cósmica na experiência vivida pelo ser humano. A postura de Geertz é estudar a dimensão cultural da análise religiosa e para isso ele se utiliza de um conceito de cultura que

> "denota um padrão de significados transmitido historicamente, incorporados em símbolos, um sistema de concepções herdadas expressas em formas simbólicas por meio das quais os homens comunicam, perpetuam e desenvolvem o seu conhecimento e suas atividades em relação à vida" (GEERTZ, 1989, p. 103)

9 "Culture or Civilization, taken in its wide ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by as a member of society" (TYLOR, Edwar B. **Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom**. London: John Murray, 1871, p. 1).

A religião assume uma importância ao ter a capacidade de permitir a efetivação de funções sociais, psicológicas e culturais a partir do momento em que é capaz de servir o indivíduo e o grupo como modelo para suas atitudes. Com a religião, há um aperfeiçoamento tanto das relações sociais quanto de acontecimentos psicológicos. Mas da mesma forma que as crenças religiosas são reflexos de processos sociais, a religião consegue influenciar e modelar os aspectos sociais[10].

Segundo Geertz, religião seria:

> "Um sistema de símbolos que atua para estabelecer poderosas, penetrantes e duradouras disposições e motivações nos homens através da formulação de conceitos de uma ordem de existência geral e vestindo essas concepções com tal aura de fatalidade que as disposições e motivações parecem singularmente realistas" (GEERTZ, 1989, p. 104-105)

No estudo da religião, Geertz afirma que temos dois estágios: um seria uma análise de sistemas de significados que foram incorporados pelos símbolos da religião, e um outro que seria a relação de tais símbolos com os processos sociais e psicológicos. O estudo da religião, antes de ser um estudo sobre seus rituais, é uma análise sobre a condição humana, sobre a noção dos homens nos seus aspectos racional, prático, humano e também quanto ao aspecto moral.

A religião aborda o ser humano em diversos aspectos. Essa multiplicidade gera algumas dificuldades. O conceito jurídico de religião, por exemplo, enfrenta um problema no que diz respeito a legitimidade, ou seja, saber a quem cabe definir um conceito jurídico de religião, uma vez que o conceito não é exclusivamente jurídico. Qual o órgão mais apto a definir a religião: um juiz, um tribunal ou o legislador? O Direito percebe essa dificuldade, que é tratar de um tema que envolve outras áreas do saber, como as ciências sociais e psicologia, além de aspectos históricos. WEINGARTNER NETO (2007) mostra a dificuldade de se estudar o campo religioso na cultura "...as culturas são mais que simples racionalidade, agregando-se duas outras dimensões à realidade (sobremodo importantes no campo religioso e mais refratárias à explicitação conceitual), a mítico-simbólica e a do mistério". (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 97)

Para Jónatas Machado, citado por WEINGARTNER NETO (2007), há três tipos de vertentes conceituais: a) substancial-objetiva: tem uma prevalência na decisão da Suprema Corte Americana, nos conhecidos *Mormon cases*, do final do século XIX, que define a religião com base em critérios substantivos a partir da presença dos elementos divindade, moralidade e culto no conteúdo religioso da crença abordada; b) funcional-subjetiva: esse conceito é baseado numa tendência americana presente a partir dos anos 60, principalmente diante do problema da objeção de consciência e em específico a recusa ao serviço militar durante a guerra do Vietnã por questão de crença religiosa. Nesse conceito, importa o elemento subjetivo da sinceridade, ou seja, sem adentrar especificamente no conteúdo da crença, busca-se saber se é uma forma consciente de crença, se há convicção do indivíduo em acreditar naquela religião; c) tipológico: esse conceito busca ser amplo e expansivo para não restringir a liberdade

10 O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, em 27 de setembro de 2017, que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ser de natureza confessional.

religiosa e ao mesmo tempo ser operacional para evitar uma utilização abusiva. Jonatas Machado ressalta que a religião, segundo o conceito tipológico, deve propor uma visão geral do mundo, um apelo a autoridade de valor extra-racional, além da consciência de um poder sobrenatural e ainda de uma ideia de heteronomia, em que o indivíduo entende o elemento religioso não como algo endógeno a sua consciência, mas sim com uma imposição de natureza exógena.

## 5 PROTEÇÃO LEGAL DA RELIGIÃO COMO DIREITO CULTURAL

A identidade cultural de um grupo é estabelecida, entre outros diacríticos identitários, pelo pertencimento dos indivíduos àquele território e àquela comunidade por seguirem o seu sistema de crenças (COSTA, 2011). Dessa forma, por todos os motivos elencados anteriormente, a proteção ao sistema de crenças e a religião deve decorrer também das normas de proteção a cultura, uma vez que a caracterização de um grupo culturalmente considera o respeito que cada membro daquele grupo tem pelo sistema de crenças respeitado na comunidade.

Se cultura é "algo alheio, mas que permite o reconhecimento do outro, e nos conduz a pensar que nós pertencemos a uma cultura, uma forma de viver, um modelo que é um entre os muitos possíveis", como afirma Carlos Alberto Molinaro (2013), a identidade cultural considera o sistema de crenças. Se a religião também é fruto da cultura[11], a sua proteção tem que ser feita nos mesmos moldes da proteção aos direitos culturais. [12]

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, II, protege a cultura ao afirmar[13]:

11 Para Richard Caddell e Shea Esterling, o avanço dos direitos culturais ampliou a compreensão sobre os demais direitos, dentre eles o da liberdade de religião: "In this way, the concepts of freedom of religion, education and expression, alongside the principle against discrimination, have been deepened and enriched with reference to the cultural rights imperative" (CADDELL; ESTERLING, 2011, p. 9)

12 O Conselheiro Oscar Argollo, relator para o acórdão do pedido de providências nº 1345, do CNJ, data de julgamento 06.06.2007, ao julgar o pedido de retirada de crucifixos de salas do Poder Judiciário, afirma que a cultura e a tradição proporcionam aos cidadãos uma exposição de símbolos que representam a nossa cultura e com os quais convivemos pacificamente, como é o caso do crucifixo e da estátua. Nas palavras do Conselheiro,
"Entendo, com todas as vênias, que manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado laico – ou o Poder Judiciário – clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF. art. 19, I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados a ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade." Disponível em: http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.am?jurisprudenciaIdJuris=45630&indiceListaJurisprudencia=1&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0

13 Para Carlos Alberto Molinaro, os direitos culturais são direitos fundamentais:
"A cultura e os direitos culturais são na sistemática constitucional brasileira, direitos fundamentais, individuais e sociais, neste sentido gozam da perenidade que lhes empresta à cláusula de vedação contida no inciso III do art. 60 da CF. A expressão cultura utilizada pelo constituinte de 1988 tem endereço certo, dirigindo imediatamente a significação das capacidades do fazer humano e todas as suas manifestações, espirituais, artísticas, intelectuais, científicas bem como a formatação de uma subconstituição cultural, que pode inclusive caracterizar um Estado de Cultura, onde a expressão máxima está vinculada ao acervo comum da identidade de cada um dos grupos que coopera para a identidade nacional, desde suas memórias históricas, condições étnicas, produção artística, intelectual, filosófica e sociológica." (MOLINARO, 2013, p. 1982)

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nas quais se incluem:
>
> II – os modos de criar, fazer e viver.

No plano internacional, contamos amplamente com a proteção da cultura pelos tratados[14]. São exemplos a Convenção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirma no seu artigo 1º:

> Artigo 1º:
>
> § 1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural

Já em 1970, com a Conferência Intergovernamental sobre os Aspectos Institucionais, Administrativos e Financeiros das Políticas Públicas, que foi celebrada em Veneza, já se percebia uma preocupação dos países com o desenvolvimento de políticas públicas para a cultura.

A Carta da ONU, de 1948, também protege a cultura, nos seguintes artigos:

> Artigo 22:
>
> Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.
>
> Artigo 27:
>
> I) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.
>
> II) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Esses instrumentos legais utilizados na proteção da diversidade cultural (COSTA, 2017) também são adequados para a proteção da religião, enquanto aspecto da cultura humana[15].

14 SAWSON (2017) promove um debate entre a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos Estados Unidos, Brasil, Índia e Myanmar. Cf. SWANSON, Reedy C. Decentering or Decentralizing: Economic, Social, & Cultural Rights in Federal Systems, 57 **Virginia Journal of International Law.** 129, 2017.

15 Sharon O'Brien (1987), ao estudar o reconhecimento e a proteção dos direitos culturais nos Estados Unidos, evidecia que uma das medidas para se proteger a cultura indígena naquele país foi o compromisso

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação entre Estado e religião foi um momento importante na história moderna que teve como consequência a soberania popular como fonte do poder político. Essa separação também ocasionou algumas transformações imediatas como a liberdade da ciência, a tolerância ao pluralismo religioso e a inviolabilidade dos direitos humanos e fundamentais. Conquistas que existem até os dias atuais.

Se por um lado temos a separação entre Estado e religião, não impondo uma religião oficial aos cidadãos, as diversas religiões devem ser protegidas, inclusive aquelas consideradas minoritárias. A liberdade religiosa, como um dos primeiros direitos fundamentais, protege a religião na medida em que resguarda a consciência e a crença dos cidadãos. A Constituição Federal possui incisos significativos no artigo 5º protegendo essa liberdade. Por outro lado, temos que considerar que a religião é um produto da cultura. Os estudos analisados neste trabalho mostram os aspectos culturais presentes nas questões religiosas. Como um Estado laico não significa um Estado ateu, tais aspectos religiosos, no nosso entender, devem ser protegidos a partir dos mecanismos que resguardam também os direitos culturais. Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, a religião deve conviver com igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça social e pluralismo intercultural.

federal de proteger a religião indígena por meio da legislação e de regulamentos, reconhecendo, segundo o "Indian Religious Freedom Act, de 1978", por exemplo, que as práticas religiosas dos indígenas americanos fazem parte de sua cultura e tradição e são indispensáveis e insubstituíveis. (O'BRIEN, Sharon. Cultural Rights in the United States: A Conflict of Values, **5 Law and Inequality. 267**, 1987, p. 298-299).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2018.

CADDELL, Richard; ESTERLING, Shea. The Cultural Rights Imperative, 42 *Cambrian L. Rev.* 7, 2011.

COSTA, Sebastião P. Mendes da. *Conhecimentos tradicionais: direito à proteção e proteção aos direitos.* Teses de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUCRS, Porto Alegre-RS, 2017.

COSTA, Sebastião P. Mendes da. *Pertencimento, memória coletiva e territorialidade em uma comunidade rural do Piauí.* Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Arqueologia. Universidade Federal do Piauí, Teresina-PI, 2011.

DURKHEIM, Emile. *As formas elementares da vida religiosa.* São Paulo: Martins Fonte, 2000.

EVANS-PRITCHARD, E. E. *Nuer Religion*. London: Oxford Press, 1956.

FARIA, Edilsom. Estado e religião: uma separação de interesse público. *Diplomatique*. 09 de set. 2009. Retirado do site: http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=545

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1998.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas.* Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GORNIG, Gilbert; TRUE, Christiane. Minority Protections in Germany. 6 *Tilburg Foreign Law Review* 69, 1997.

LARAIA, Roque. *Cultura: um conceito antropológico.* 12. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião: A liberdade religiosa no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2014.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 440.

MOLINARO, Carlos Alberto. Comentário ao arts. 215 e 216. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. (Coords.) *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1976-1985.

MORGAN, Lewis H. *A sociedade primitiva.* Lisboa: Presença, 1973.
O'BRIEN, Sharon. Cultural Rights in the United States: A Conflict of Values, *5 Law and Inequality. 267*, 1987.

ROBBERS, Gerhard. Religious Freedom in Germany. *Brigham Young University Law Review 643,* 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 12. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SWANSON, Reedy C. Decentering or Decentralizing: Economic, Social, & Cultural Rights in Federal Systems, 57 *Virginia Journal of International Law*. 129, 2017.

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case S.A.S vs France.* Strasbourg, 01.07.2014 Decisão disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2243835/11%22],%22itemid%22:[%22001-145466%22]} Acesso em: 28.06.2018

TYLOR, Edwar B. *Primitive Culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, art, and custom.* London: John Murray, 1871

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. vol. 1. Brasília: EdUnB, 1996.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. (Coords.) *Comentários a Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 264-273.

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

RECEBIDO EM: 10/09/2018
APROVADO EM 11/10/2018

# A INSUSTENTABILIDADE DA VISÃO TRADICIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS NAS QUESTÕES DE GÊNERO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO ROSENDO CANTÚ Y OTRA *VERSUS* MÉXICO

## *THE UNSUSTAINABILITY OF THE TRADITIONAL VISION ABOUT HUMAN RIGHTS IN GENDER ISSUES: THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE ROSENDO CANTÚ Y OTRA VERSUS MÉXICO*

**Felipe Da Veiga Dias**[1]

**Tamiris A. Gervasoni**[2]

**RESUMO:** o presente estudo objetiva investigar a insustentabilidade da visão tradicional sobre os direitos humanos nas questões de gênero a partir da atuação da Corte Interamericana de Direito Humanos, analisando uma decisão que trata sobre violência de gênero contra mulher, pautando-se pela teoria crítica dos direitos humanos e se respectiva Corte atua neste sentido. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico aliado ao método de procedimento monográfico; contando ainda com a técnica de pesquisa da documentação indireta e pesquisa jurisprudencial. Inicialmente desenvolve-se o tema da cultura de violência de gênero enquanto violação de direitos humanos para, no segundo momento, aliá-lo à teoria crítica dos direitos humanos. Ao final, analisa-se a decisão da Corte Interamericana, verificando uma atuação jurisdicional crítica sobre direitos humanos e violência de gênero, de forma a seguir uma visão sustentável em relação às questões de gênero, para além dos formalismos jurídicos e de uma visão tradicional sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gênero. Cultura de violência de gênero. Direitos humanos. Teoria crítica dos direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 Pós-doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social". Advogado. Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil. felipevdias@gmail.com

2 Mestre com Bolsa Capes Prosup em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada pela mesma instituição. Graduanda em Psicologia pela Faculdade Meridional (IMED). Professora do Curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (AMF). tamirisgervasoni@gmail.com

**ABSTRACT:** The present study aims to investigate the unsustainability of the traditional view of human rights on gender issues in the work of the Inter-American Court of Human Rights, analyzing a decision that deals with gender violence against women, based on the critical theory of human rights and if this Court it is acting accordingly. For this, the method of phenomenological-hermeneutic approach was used, combined with the method of monographic procedure; also counting on the research technique of indirect documentation and jurisprudential research. Initially the theme of the culture of gender violence as violation of human rights, in the second moment, its associate it with the critical theory of human rights. At the end, it was analyzed the decision of the Inter-American Court, verifying a critical revision on human rights and gender violence, in order to follow a sustainable vision regarding gender issues, beyond to legal formalities and the traditional view on the theme.

**KEYWORDS:** Gender. Culture of gender violence. Human Rights; Critical theory of human rights. Inter-American Court of Human Rights.

## INTRODUÇÃO

A temática dos estudos de gênero, especialmente na perspectiva da cultura de violência de gênero, envolve diversos aspectos socioculturais, não se restringindo à noção de sexo/sexualidade ou à identidade de gênero "mulher". Este tema diz respeito à desnaturalização e teorização crítica de conceitos e premissas resultantes de construções e interpretações socioculturais, que são influenciados por múltiplos e variados elementos e contextos. Tal mirada crítica sobre o assunto faz-se necessária justamente pelos tabus e preconceitos que ensejam as desigualdades e discriminações de gênero, ocasionando, desta forma, violações de direitos humanos.

A partir destas violações o presente estudo objetiva investigar a insustentabilidade da visão tradicional sobre os direitos humanos nas questões de gênero a partir da atuação da Corte Interamericana de Direito Humanos, analisando uma decisão que trata sobre violência de gênero contra mulher, pautando-se pela teoria crítica dos direitos humanos e se a respectiva Corte atua neste sentido. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico aliado ao método de procedimento monográfico; contando ainda com a técnica de pesquisa da documentação indireta. Além disso, para a realização da pesquisa jurisprudencial no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizou-se a palavra-chave "*violência sexual*", haja vista que com a expressão "*violência de gênero*", nenhum caso foi encontrado.

Desta forma, inicialmente o conceito de gênero é abordado, avaliando-se aspectos históricos e culturais que influenciam na questão da violência de gênero, especialmente no cenário brasileiro enquanto cultura de violência, apresentando-se dados que exemplificam e demonstram tal situação como violação de direitos humanos. Em um segundo momento, analisa-se a teoria crítica dos direitos humanos e sua relevância no enfrentamento da cultura de violência de gênero, observando a insustentabilidade de uma visão formalista e tradicional sobre os direitos humanos em tais questões. Subsequentemente, aprecia-se a atuação da Corte Interamericana de Direitos

Humanos em relação à violência de gênero, observando se há posicionamento crítico e efetiva contribuição no enfrentamento da cultura de violência de gênero enquanto violação de direitos humanos.

## 1 A CULTURA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Ao aborda-se o tema da violência de gênero como uma das formas de violação de direito humanos, é necessário considerar o cenário no qual ambos estão inseridos, ou seja, a influência do sistema patriarcal[3], já que o mesmo "repousa em bases ideológicas semelhantes às que permitem a existência do racismo e crença na dominação construída com base em noções de inferioridade e superioridade" (BAIRROS, 2009, p. 185). Assim o sistema patriarcal mensura as relações de gênero e uma perspectiva etnocêntrica, aproximando-se da lógica ocidental eurocêntrica (CORREAL, 2009, p. 340), que prima pela superioridade do homem, heterossexual, branco e cristão há muito tempo, oferecendo base para a continuidade da violência de gênero em sentido amplo.

A história, escrita por mãos de homens; as culturas e os hábitos ordinários são redefinidos por políticos, sacerdotes e estudiosos (de todas as áreas) todos homens; a propriedade, a família, a sexualidade e o trabalho repousaram em mãos de homens (BOURDIEU, 2007, p. 11). Tudo isso conduziu ao fato de que, apesar das mulheres estarem presentes em todos os momentos da história humana, seu papel foi sempre colocado (por aquele que exercia a dominação masculina) em uma posição preterida, inferior e secundária, quando não esquecida/invisível (PERROT, 2008, p. 24-26).

A cultura de violência de gênero, em sentido amplo, está associada a violações sofridas especialmente pelas mulheres e homossexuais – mas não exclusivamente por estes – por parte daquele que exercem os poderes da dominação (real e/ou simbólica), sendo essas violências socialmente chanceladas ou, no mínimo, toleradas pela comunidade como algo "normal" ou cultural (SAFFIOTI, 2001, p. 115). Essa cultura de violência tem como ponto de partida a ideia de dominação masculina como sendo socialmente inata e desenvolve-se a partir das produções e reproduções de poder baseadas nesta mesma dominação que se incrustam nas práticas, nos meandros acadêmicos, políticos e sociais, bem como nas instituições estatais, trajando vestes de ordinariedade e justificativas de naturalidade histórica e biológica.

De certa forma, o "modo de ser" de uma sociedade é interpretado e tem sentido atribuído a partir do que é aprendido em contexto limitado, de sorte que as relações de poder e dominação que alimentam culturas opressivas, como no presente caso, são resultantes da produção e reprodução de um aprendizado e dos sentidos atribuídos outrora, que são repetidos (de modo consciente ou não) pelos intérpretes, sejam eles dominantes ou dominados: nascem, pois, as formas "tradicionais" de uma sociedade[4].

---

3 *"No todas las teóricas feministas utilizan el término patriarcado. Algunas preferien usar ‹‹sistema de género-sexo›› (Gayle Rubin). […] Celia Amorós considera patriarcado y sistema de género-sexo como sinónimos, ya que, sostiene, un sistema igualitario no produciría la marca género"* (PUELO, 1995, p. 25).

4 "A violência de gênero produz-se e reproduz-se nas relações de poder onde se entrelaçam as categorias de gênero, classe e raça/etnia. Expressa uma forma particular de violência global mediatizada pela ordem patriarcal, que delega aos homens o direito de dominar e controlar suas mulheres, podendo para isso usar

Frente a essas justificativas naturalizantes fundamentadas em argumentos biológicos, o conceito de gênero[5] descontrói a obsoleta premissa que preponderava outrora de que a "biologia é o destino" (BUTLER, 2003, p. 24), pois ensina Butler que "[...] o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência [sic] de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como um feminino". (2003, p. 24-25). A perspectiva de gênero possibilita, assim, analisar as mais variadas identidades, sejam elas percebidas como masculinas, femininas, ou de outras formas, sem restringi-las às características biológicas, ponderando o sentimento e visão que o sujeito – enquanto ser em constante auto(des)construção35 - tem sobre si mesmo, pois "não só somos nós culturalmente construídos como, em certo sentido, construímo-nos a nós mesmos". (BUTLER, 1987, p. 139).

Além disso, conforme os ensinamentos de Joan Scott, Scott, as relações de gênero devem ser percebidas "em conjunção com a visão de igualdade política e social que inclui não só o sexo, mas também a classe e a raça" (1989, p. 29), retirando o reducionismo que impregnava as discussões sobre gênero e, por consequência, sobre a cultura de violência de gênero. Desta forma, tal questão não pode ser vista como algo aleatório ou a-histórico, pois é fruto de um projeto consciente e estrategicamente articulado por parte dos sujeitos dominantes e que, fatidicamente, contou com o apoio inconsciente dos dominados (BOURDIEU, 1999, p. 45-46), que estão inseridos em um contexto político e social.

Evidencia-se, todavia, que este arranjo permanece, em amplo espectro, sendo (re) produzido como algo "normal" (natural, tradicional, etc.) pelos dominados; dos reféns da "moda", aos alunos encabrestados nos bancos acadêmicos, passando pelas tradições sociofamiliares e pelas produções científicas, até chegar aos religiosos extremistas, todos sustentam (consciente ou não) ou, no mínimo são potenciais agentes de manutenção dessa estratégia de dominação que está posta sob os trajes do "natural" (normal, tradicional, etc.). Ocorre, na prática, uma dobra da violação: uma vertical (subordinantes/subordinados) e uma horizontal (subordinados/subordinados) concomitantemente.

No tocante as "tradições" de violência de gênero no Brasil, essas são construídas historicamente, fruto da colonização e dos impulsos dos colonizadores na importação de outras culturas. Tal aspecto prescreveu fortes traços para a contemporaneidade a partir da assunção do modelo "parisiense de comportamento" pela comunidade brasileira, ao final do século XIX e início do século XX. Essa lógica introduziu-se não só no seio da cultura, mas igualmente no arcabouço estatal, e conduziu à mulher (e todas as demais categorias "não-homens", ou seja, as demais identidades de gênero) à uma

a violência. Dentro dessa ótica, a ordem patriarcal é vista como um fator preponderante na produção da violência de gênero, uma vez que está na base das representações de gênero que legitimam a desigualdade e dominação masculina internalizadas por homens e mulheres. [...] Essa perspectiva teórica que vincula a opressão das mulheres ao sistema patriarcal [...] atualmente é criticada pelos estudos de gênero por sua tendência universalizante. A dominação masculina não pode ser vista como algo fechado, que se reproduz de modo idêntico. Há variações na forma como o poder patriarcal se institui e se legitima, assim como nas formas de resistência que as mulheres desenvolvem nos diferentes contextos" (ARAÚJO, 2008).

5 A expressão "gênero" teria sido empregada inicialmente com as feministas americanas ao afirmarem que as distinções fundadas no sexo tinham um caráter social que carecia de reconhecimento (SCOTT, 1989, p. 3).

posição de sujeição social, física e moral perante o homem, uma vez que a elas restava a tríade casa-filhos-marido, e a eles a plena liberdade vingava. Essa higienização cultural estipulava dualidades como marca central, assim, as mulheres eram vistas como frágeis, emotivas e sexualmente subordinadas, ao tempo que os homens eram os poderosos, empreendedores racionais e sexualmente incontidos. Se assim não o fossem, as mulheres podiam ser tidas como imorais, prostitutas ou loucas (SOIBET, 1997, p. 362-363).

Os prejuízos deste pensamento foram mantidos e se transformam, tendo em conta os seguintes dados da ONU: a) 603 milhões de mulheres e gays vivem em países onde violência de gênero não é crime; b) estima-se que 100 milhões de pessoas sejam alvos de casamentos forçados até 2020; c) projeta-se que até 2030 mais de 86 milhões de meninas serão alvo de mutilação genital – hoje, cerca de 6 mil meninas são mutiladas diariamente, sendo que na Somália 99% das mulheres tem sua genitália mutilada –; d) prevê-se que cerca de 50 milhões de crianças ou adolescentes (com 15 anos ou menos) serão vítimas de casamentos forçados (e eventualmente de gravidez precoce e mortes no parto); e) no ritmo atual, 7 em cada 10 mulheres no mundo serão espancadas, estupradas, abusadas ou mutiladas durante sua vida (o mesmo se aplicando similarmente aos homossexuais). Ao lado dessas informações estão outras que dizem respeito à segurança alimentar, liberdades sexuais e igualdade no ambiente de emprego, todas de conteúdo alarmante (ONU-BR, 2014).

No cenário brasileiro, é notável a cultura de violência de gênero diante dos seguintes dados: o Brasil, entre 2001 e 2011 registrou mais de 50 mil feminicídios, cerca de 5 mil mortes por ano (IPEA, 2013), sendo que entre 2004 e 2014 a taxa de homicídios de mulheres aumentou 11,6% (ABSP, 2016, p. 132). Preocupante a informação de que a cada onze minutos uma pessoa[6] foi estuprada no país em 2015, acumulando-se um total de 45.460 casos de estupro em tal ano (ABSP, 2016, p 37). Ainda, o Ministério Público do Estado de São Paulo realizou estudo que concluiu que nos últimos 30 anos a prática de feminicídio aumentou em 239% (MPSP, 2013, p. 4-8). Em 2006, uma média de 2,1 milhões de mulheres foram espancadas por serem mulheres (CARVALHO, 2006, p. 207). Só em 2012, foram registrados no Brasil 3.084 denúncias de violências de gênero contra homossexuais (dentre os quais gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais) (SDH, 2012, p. 18).

Juntamente as denúncias, foram anotados 342 assassinatos motivados pelo gênero dessas vítimas (GGB, 2013). No mesmo ano, estima-se que ocorreram 527 mil estupros ou tentativas de estupro, dos quais 88,5% das vítimas eram mulheres e mais da metade possuía menos de 13 anos de idade (IPEA, 2014a). Em 2014 a percepção social brasileira demonstrou em pesquisa ser, em medida significativa, tolerante com a (cultura de) violência de gênero e com a organização social patriarcal, respondendo majoritariamente – para exemplificar apenas – que concorda totalmente ou parcialmente com as seguintes afirmativas: 1) os homens devem ser a cabeça do lar; 2) casamento de homem com homem ou de mulher com mulher deve ser proibido; 3) incomoda ver dois homens, ou duas mulheres, se beijando na boca em público; 4) tem mulher que é pra casar, tem mulher que é pra cama; 5) o que acontece com o casal em casa não interessa aos outros;

6 Utiliza-se "pessoa" pois a pesquisa não determinou a identidade de gênero e/ou sexo da vítima, todavia, em 89% dos casos estima-se que as vítimas sejam mulheres (ABSP, 2016, p. 37).

6) mulher que é agredida e continua com o parceiro gosta de apanhar; e 7) se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros (IPEA, 2014b)[7].

Pelo até então elaborado, nota-se que a opressão de gênero é fruto de um contexto que agrega inúmeros agentes e significantes de diversas áreas, advindo, justamente daí, a complexidade no seu enfrentamento. Não obstante, é evidente o elemento simbólico, parcialmente invisível e cultural difuso na ideia de "cultura tradicional do Brasil" – de modo genérico e sem desconsiderar as singularidades regionais –. Tal elemento, portanto, desafia a ordem jurídica com alguma vantagem, uma vez que o Direito, isoladamente, é sempre insuficiente para o enfrentamento de questões culturais. Na sua lógica funcionalista, o Direito age com sanções negativas, sempre impositivas e que diminuem a margem de conscientização, pois calcadas no medo, e com sanções positivas, sempre facultativas e que demandam a boa vontade dos destinatários (BOBBIO, 2007, p. 6-7).

Emerge disso a necessidade de se concatenar ações jurídicas com iniciativas políticas que se pulverizem em diversos âmbitos da vida em sociedade, notadamente o educacional, através de políticas públicas que tenham como perspectiva central a transversalidade (horizontal e vertical) e a sinergia público-privada (COSTA, 2013, p. 209-210). Neste sentido, por exemplo, é que se desenvolvem as orientações do "Plano Nacional de Políticas Públicas para Mulheres: 2013-2015" que é expresso em afirmar que a transversalidade é aliada a responsabilidade compartilhada entre todos os espaços de poder do Estado e da sociedade, a fim de proporcionar o enfrentamento dos problemas da (cultura de) violência de gênero por inteiro (BRASIL, 2013, p. 10).

Os problemas que envolvem as questões de gênero e a violência sofrida diuturnamente no Brasil são fruto e herança de uma conjuntura que angaria aspectos culturais, biológicos, políticos, científicos e antropológicos, os quais historicamente foram manipulados para colocar o "homem" em uma posição de superioridade sobre os "não-homens" – mulheres, gays, etc. –. Esse movimento foi arquitetado de forma tão efetiva que seus princípios e práticas, por mais insustentáveis que sejam, se enraizaram no Estado brasileiro, de modo expresso e implícito, no imaginário e nos espaços concretos particulares, públicos e estatais, formatando uma cultura de violência de gênero que nem sempre é percebida como sendo uma violência, mas sim como algo "normal" (natural, tradicional, etc.) sob a lógica cisgenera e heternormativa.

Essa cultura e suas violências residem tanto nas (i)lógicas e práticas socioculturais (feminicídios, agressões arbitrárias contra LGBTs, violências intrafamiliares justificadas pela dominação masculina, etc.) quanto nas legislações e instituições de poder do Estado. Em ambos os casos verifica-se como o Brasil é paradoxal, pois não obstante os esforços visando o fim das violências de gênero, concomitantemente engendra e tolera, em certa medida, com as mesmas violências que combate.

7 "[...] Os principais resultados aqui apresentados indicam uma ambiguidade nos discursos. O primado do homem sobre a mulher ainda é bastante aceito [...] no que toca à violência sexual, a maioria das pessoas continua a considerar as próprias mulheres responsáveis, seja por usarem roupas provocantes, seja por não se comportarem "adequadamente" – o que geralmente quer dizer "como uma respeitável mãe de família". A questão do direito das mulheres sobre seus corpos segue sendo, portanto, uma fronteira a ser alcançada." (IPEA, 2014b, p. 25)

Diante deste cenário complexo da cultura de violência de gênero no Brasil, das suas "justificativas" a partir de argumentos essencialistas e naturalizantes, perpetuando constante violações de direitos humanos, é que o próximo item propõe uma visão crítica capaz de romper com estes raciocínios simplistas e conservadores, a partir da teoria crítica dos direitos humanos.

## 2 TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PERSPECTIVA NECESSÁRIA NAS QUESTÕES DE GÊNERO

A teoria crítica dos direitos humanos, proposta (também) nos termos de Flores (2009, p. 12), objetiva a libertação do sujeito que se vê historicamente discriminado e excluído do mundo da vida com dignidade. Portanto, essa visão se coaduna com aqueles que sofrem discriminação e violência de gênero, e que desde a era colonial são oprimidos, ocultados e subalternizados, figurando ainda hoje como o "outro".

Deve-se abandonar a injustificada necessidade de fixação de rótulos, de tradução e explicação da(s) cultura(s), acolhendo-se aquilo que não é familiar e até (in)compreensível, visto que em outra cultura o que não é compreensível, para esta talvez o seja e vice-versa. Torna-se imperioso praticar a alteridade (elemento ético conectado a sustentabilidade social) (SPERANDIO; AQUINO; CAMARGO, 2017), concebendo que ao se tratar de gênero, envolve-se também a diversidade e os direitos humanos, não havendo verdades únicas (pré)estabelecidas, mas sim, infinitas visões e reações sobre o mundo, a sociedade e a cultura, que são percebidas e sentidas de variadas formas.

É indispensável que no trato de todas as questões relacionadas aos direitos humanos seja ultrapassada a visão engessada e minimalista que é institucionalmente aplicada, reduzindo-se os direitos humanos a uma ideia oficial àquilo que está previsto em declarações. Justamente em razão de posturas como estas, é que a separação entre a teoria e a prática em torno dos direitos humanos acaba aprofundando-se[8], aliás, ainda mais quando miram-se apenas os documentos e tratados internacionais e esquece-se da própria realidade (MOURA; MARTINS, 2016, p. 55). Desta forma, se aceita uma "cultura jurídica social e popular minimalista, acomodativa, passiva, indolente, sonolenta e anestesiada" (RUBIO, 2015, p. 183, tradução nossa) ao invés de observar "as nossas próprias produções culturais, políticas, étnicas, sexuais, econômicas e jurídicas, com autonomia, responsabilidade e autoestima em todos aqueles espaços e lugares sociais onde se forjam as relações humanas" (RUBIO, 2010, p. 11).

Em geral, os direitos humanos remetem à ideia de "direito" enquanto norma jurídica, de direitos previstos em "lei" e garantidos pelo Estado, fundamentados em valores

8 *"La expansión de los derechos humanos como lenguaje hegemónico sobre la dignidad humana parece incuestionable. No obstante, tres cuartas partes de la humanidad no tienen reconocidos ni garantizados sus derechos. La gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos.4 A nivel planetario, la separación entre la teoría y la práctica que se da al interior de los estados constitucionales de derecho occidentales, se agudiza en los países del sur. Asimismo, este abismo entre lo que se dice y lo que se hace se manifiesta de forma clara dentro las relaciones entre los países del norte y los países de sur. Por ejemplo, el trato diferenciado que se otorga, desde el punto de vista del reconocimiento real y efectivo de los derechos, entre quienes son ciudadanos de países del capitalismo central y quienes no lo son, por tener un origen geográfico distinto y cuando llegan a sus destinos como trabajadores indocumentados, inmigrantes precarios o como refugiados desde los países del sur"* (RUBIO, 2015, p. 183).

(como a liberdade, a igualdade e a solidariedade) e na própria condição de ser humano (RUBIO, 2010, p. 13). Neste sentido, o olhar crítico sobre os direitos humanos atenta para o fato de que a própria utilização de um conceito sobre direitos humanos, em geral, concerne a pré-compreensão relacionada a uma forma determinada de reagir em face dos sistemas de relações predominantes (FLORES, 2009, p. 18), questionando-se se desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) os direitos humanos são reconhecidos de modo restrito aos direitos que estão expressos em tal declaração:

> [...] uma série de questões surge imediato: estamos diante de algo eterno que esteve latente em nossos interiores até que a Comissão Internacional de Juristas presidida por Eleanor Roosevelt formulou, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos? Todas as formações sociais, em cujo interior reage-se culturamente de um modo diferente diante dos entornos de relações que constituem suas próprias realidades, reclamam-se herdeiras da concepção dos direitos que se proclama em referida Declaração? (FLORES, 2009, p. 18).

Os direitos humanos, assim, não podem ser considerados como um produto cultural que surgiu em um contexto específico, limitando-se àquela realidade. Tais direitos, enquanto produtos culturais devem transcender a órbita das relações impostas pelo capital desde o século XVI, vislumbrando-se as diversas percepções sobre o mundo que são/foram construídas historicamente (FLORES, 2009, p. 18/32). Amarrar-se a um "pensamento único só nos oferece como armas de luta um conjunto de propostas normativas universalistas – os direitos humanos – absolutamente abstraídas de nossa realidade concreta" (FLORES, 2009, p. 22).

Isso revela o potencial dialético no próprio discurso dos direitos humanos, haja vista que convivem visões uniformes (eurocêntrica) de direitos humanos que servem a proposições de dominação e opressão de determinadas vozes e discursos, mas ao mesmo tempo se apresentam discursos contra hegemônicos de resistência e representação de grupos sociais violentados tanto por falas como práticas violadoras de direitos (MOURA; MARTINS, 2016, p. 58).

Conforme Rubio, os direitos humanos "são práticas que se desenvolvem diariamente, em todo tempo e em todo lugar e não se reduzem a uma única dimensão normativa, filosófica ou institucional, tampouco a um único momento histórico que lhe dê origem" (RUBIO, 2010, p. 18-19). Compreende-se que esses direitos são construídos a todo o tempo, seja nas relações mais simples ocorridas no cotidiano até as mais complexas, são realizados em atos de respeito e consideração com o próximo, não apenas por leis a atos jurídicos. Do mesmo modo, são também violados não apenas pelo Estado ao não concretizar direitos básicos garantidos pela Constituição e/ou pela Declaração Universal dos Direito Humanos, mas em comportamentos simples que discriminam e violam a dignidade humana, que não compreendem o outro pelo modo de ser e se reconhecer, pela forma como reage e interage com o mundo e sua diversidade.

A discriminação e violência de gênero configuram evidente violação aos direitos humanos, pois inferioriza e reprova o outro pelo modo como este se reconhece, por suas características e comportamentos, pela sua própria identidade, sendo que é apenas assim que sua dignidade se faz completa. Flores exprime a necessidade de um "realismo relativista" a partir do qual a exterioridade do mundo a respeito do pensamento e a ausência de um critério absoluto e transcendente permitam que as reações humanas diante do mundo

sejam interpretadas e compreendidas de variadas formas e não à luz de uma perspectiva absoluta (FLORES, 2009, p. 57). Assim, as relações de gênero e as múltiplas identidades de gênero, bem como as suas compreensões não devem atrelar-se a verdades absolutas, mas sim, pautar-se pela miríade de perspectivas e situações que a realidade expõe.

No decorrer da história, os direitos humanos estiveram conectados às ideias e aos dizeres de alguns filósofos e pensadores[9], porém, a celeuma não reside (apenas) nas respectivas considerações destes, mas sim, no momento em que se desconsidera que os direitos humanos são (também) produções sócio-históricas e não apenas produções teórico-filosóficas (RUBIO, 2010, p. 14). Eminentemente que as reflexões e obras acerca dos direitos humanos exerceram e ainda exercem papel importante, além de ampla influência na construção e consolidação dos direitos humanos bem como da dignidade humana. Todavia, há de se ponderar que tais reflexões restringem-se ao intelecto de seleto grupo de pensadores europeus, que inicialmente no século XVII, iniciaram suas indagações e meditações sobre tal tema.

No período em que se estabelece a modernidade (em sentido eurocêntrico), projeto idealizado pela burguesia ascendente da época, o imaginário burguês impôs-se sobre os demais, sendo, portanto, suprimidos os anseios dos operários, das mulheres, das crianças e de qualquer outro que não fosse burguês e não estivesse em sintonia com o padrão, o qual todos deveriam seguir ou adaptar-se, bem como, dever-se-ia impedir que novos ideais e imaginários fossem pensados e harmonizados, para que as necessidades e desejos de todos convivessem, pois o padrão deveria ser obedecido (RUBIO, 2010, p. 17-18). Logo, os reclames e as necessidades dos demais, que não correspondiam aos ideais burgueses da Revolução Francesa, foram desconsiderados na construção das premissas que iriam embasar a concepção (inicial e formal) dos direitos humanos.

Tais ideais foram erigidos sob a égide do mundo ocidental, no contexto europeu, no qual figurava o homem branco, heterossexual e cristão como sinônimo de estereótipo ideal da sociedade, desta forma, mulheres, crianças, negros, índios, pessoas com deficiência, entre tantas outras possibilidades, não eram detentores de direitos humanos àquela época (e talvez, hoje em dia, na prática, ainda não sejam). Época na qual se vivia a Revolução Francesa pode-se destacar o caso das mulheres, que vivenciaram um dos períodos mais sombrios de sua história, sendo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda de tal movimento, "reconhecia direitos a um protótipo bem específico da natureza humana: o homem (sexo masculino), branco e, de preferência, dono de propriedades" (DIAS; COSTA, 2013, p. 32).

A imprescindibilidade de uma teoria crítica dos direitos humanos evidencia-se no momento em que se percebe que os direitos humanos não se efetivam como direitos humanos para todos, como no cenário da América Latina e em muitos outros locais do globo. Isto se dá em parte nas próprias relações (assimétricas) de gênero, na discriminação a partir da incompreensão de uma cultura divergente e diversificada daquela que veio aqui ser colonizada. Assim, não há como se pensar em dignidade humana sem respeito às diferenças, com a imposição de um comportamento e identidade ao outro que assim não se reconhece.

9 Neste sentido, Rubio em sua obra elenca alguns pensadores e filósofos como John Locke, Francisco de Vitória, Rousseau, Hobbes, Kant, Norberto Bobbio, Ferrajoli, Habermas. (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 14).

Assim, as fragilidades apontadas pela teoria crítica dos direitos humanos às nuances das concepções já estabelecidas (em especial no campo dogmático e positivo), tem o condão de rompimento e ao mesmo tempo de contextualização a um novo pensamento, realizando o que entende Alfaro como uma inversão ideológica no plano dos diretos humanos (ALFARO, 2010, p. 33 – 34). Essa acepção indica que a modificação no tocante aos direitos humanos deve aproximar e interconectar os componentes apartados pela racionalidade moderna, tendo como base as demandas dos sujeitos concretos (ALFARO, 2010, p. 35), ou ao menos entender a sociedade civil como fundamento desses direitos (GALLARDO, 2008, p. 31).

Nesta luta pelo reconhecimento da igualdade de gênero e, portanto, também da proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direito Humanos tem exercido significativa influência em diversos países latinos. A Corte é responsável pela interpretação das disposições da Convenção Americana e dos tratados de direitos humanos dos Estados Americanos, ademais, possui competência jurisdicional para a solução de conflitos referentes à aplicação e interpretação de tal convenção e tratados[10]. Diante disto, é que o presente estudo, em capítulo posterior, irá a analisar de que forma a Corte Interamericana de Direito Humanos reconhece e lida com as questões de gênero nos seus julgados referentes aos países da América Latina sob o filtro da teoria crítica dos direitos humanos.

Ademais, se as próprias recomendações indicadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos já geraram relevantes modificações legislativas internas no ordenamento jurídico brasileiro (ZILLI; MONTECONRADO; MOURA, 2013, p. 98) é imprescindível analisar de que modo e em que medida a jurisprudência contribui para o enfrentamento da cultura de violência de gênero enquanto violação de direitos humanos.

## 3 GÊNERO E TEORIA CRÍTICA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DO CASO ROSENDO CANTÚ Y OTRA VERSUS MÉXICO

O caso analisado, encontrado a partir da utilização da palavra-chave "*violência sexual*" no site da respectiva Corte, corresponde a uma decisão da Corte Interamericana do ano de 2010, denominado Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. A situação formatou-se em um contexto de intervenção militar no estado de Guerrero, no México, no intuito de reprimir atividades ilegais, contudo, durante a realização das operações militares, denúncias sobre violações de direitos humanos foram realizadas. Observa-se que neste estado, grande parte da população pertence a comunidades indígenas encontram-se em situação de vulnerabilidade e pobreza, com dificuldades em diversos setores, desde acesso à saúde até o sistema de justiça. Ademais, dentre as múltiplas formas de violência que solapam a região, a violência institucional castrense é uma

10 "Quando a Corte decidir que houve violação a um direito ou à liberdade, protegidos pela Convenção, ela determinará que se garanta ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Poderá também, determinar que sejam reparadas as consequências da medida, mediante o pagamento de justa indenização à parte lesada. Como ensina Belli (1998, p. 166), a Corte não é um tribunal penal e não substitui as ações penais relativas às violações cometidas nos Estados, ela apenas julga se o Estado é ou não responsável por violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (GORCZEVSKI; DIAS, 2012, p. 268).

delas, sendo que o presente caso versa sobre tal questão, pois a senhora Rosendo Cantú, pertencente a uma comunidade indígena local, de Barranco Bejuco, foi vítima de tal violência (CORTE IDH, 2010b, p.1).

No ano de 2002, por volta das quinze horas a senhora Rosendo Cantú encontrava-se próxima a um arroio, que cercava sua residência, quando oito militares abordaram-na e cercaram-na. Passaram a interrogá-la com uma arma de fogo apontada para sua cabeça e, em seguida, lhe golpearam no abdômen com a arma, fazendo que caísse ao chão, perdendo a consciência por alguns instantes. Ao retomar os sentidos, um dos militares lhe agrediu e persistia na cobrança de informações, ameaçando a matar todos os habitantes de Barranco Bejuco. Os atos de violência tiveram sequência e resultaram no estupro[11] da senhora Rosendo Cantú, que na época tinha dezessete anos[12] (CORTE IDH, 2010b, p. 1-2).

Diante da denúncia penal realizada pela senhora Rosendo, o Ministério Público de Fórum Comum do distrito judicial de Allende, responsável pelo processo, realizou uma averiguação dos fatos. Em maio de 2002, quando verificou-se a possibilidade de participação de militares, o caso foi remetido ao fórum militar, que até a data da demanda ingressar no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos não havia concluído as investigações (CORTE IDH, 2010b, p. 2).

No ano de 2003, a *Organización Indígena de Pueblos Mixtecos y Tlapanecos A.C.*, o *Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan" A.C.* e o *Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín* peticionaram à Comissão Interamericana denunciando o Estado do México por violação de direitos humanos. Em outubro de 2006, a Comissão emite seu parecer pela admissibilidade do caso, sendo que no ano de 2009, encaminha ao Estado mexicano uma série de recomendações. Seguidos os tramites da Comissão, não tendo o Estado do México se manifestado no prazo inicial, nem na prorrogação deste, em junho de 2009, a Comissão submete o caso à Corte Interamericana[13] (CORTE IDH, 2010a, p. 2).

Dentre tantas violações verificadas no presente caso, a violência de gênero, que foi abordada especificamente pela Corte, será o objeto de aprofundamento específico. A Corte, de início, considerou os dados fornecidos pela Secretaria da Mulher no estado de Guerrero, que informava a ocorrência de sérias violações às mulheres da região em consequência da estrutura patriarcal e sua inobservância à equidade de gênero,

11 *"[...] a continuación, "con [...] violencia [le] rasguñaron la cara", le quitaron la falda y la ropa interiory la tiraron al suelo, y uno de ellos la penetró sexualmente, al término de lo cual el otro que también la interrogaba procedió igualmente a penetrarla sexualmente" (CORTE IDH, 2010b, p. 25).*

12 *"En consecuencia, considerando que la señora Rosendo Cantú era una niña cuando ocurrieron los hechos, que no contó con las medidas especiales de acuerdo a su edad, y el reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la protección especial por su condición de niña, de la señora Rosendo Cantú, consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento" (CORTE IDH, 2010a, p. 74).*

13 *"Según indicó la Comisión Interamericana, la demanda se refiere a la supuesta responsabilidad internacional del Estado por la "violación [sexual] y tortura" en perjuicio de la señora Rosendo Cantú ocurrida el 16 de febrero de 2002, por la "falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables" de esos hechos, por "las consecuencias de los hechos del caso en la hija de la [presunta] víctima", por "la falta de reparación adecuada [en] favor de la [presunta] víctima y sus familiares", por "la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos", y por "las dificultades que enfrentan las personas indígenas, en particular las mujeres, para acceder a la justicia y a los servicios de salud" (CORTE IDH, 2010a, p. 2).*

principalmente nas instâncias policiais e militares[14] (CORTE IDH, 2010b, p. 24). Em seguida, haja vista as provas apresentadas no processo, considerou comprovada a violência sexual alegada, passando a tratar da classificação jurídica deste fato (CORTE IDH, 2010b, p. 27).

Abordando-se a questão da violência sexual, a Corte alude à Convenção de Belém do Pará que trata sobre a violência contra a mulher[15], ainda assinala o posicionamento da jurisprudência internacional em conformidade com esta Convenção, justamente ao considerar que tal violência configura-se contra qualquer pessoa que não tenha expressado seu consentimento, que para além do contato físico ou atos que envolvam penetração, nesta inserem-se condutas que não necessitam necessariamente de contato físico para sua caracterização[16]. No que concerne à sua classificação jurídica enquanto tortura, ponderou-se que:

> *La Corte considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre128. La violación sexual de la señora Rosendo Cantú se produjo en el marco de una situación en la que los agentes militares interrogaron a la víctima y no obtuvieron respuesta sobre la información solicitada (supra párr. 73). Sin descartar la eventual concurrencia de otras finalidades, el Tribunal considera probado que el presente caso tuvo la finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada.* (CORTE IDH, 2010a, p. 39).

A perspectiva da Corte sobre a violência sexual demonstrou-se ampla neste caso, albergando questões como tortura, violação da integridade, violação da vida privada diante da intromissão em sua vida sexual, tomando-lhe forçosamente a autonomia para decidir sobre suas relações sexuais, anulando o seu controle sobre o próprio corpo[17] (CORTE IDH, 2010a, p. 40). Ademais, entendeu que a violência contra a mulher é uma forma de discriminação que obsta a fruição de direitos e liberdades das mulheres de modo igualitário em comparação aos homens e que, de acordo com os relatos

---

14 *"De acuerdo con la Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero "[l]as mujeres indígenas siguen padeciendo las consecuencias de una estructura patriarcal ciega a la equidad de género, especialmente en instancias como fuerzas armadas o policiales, donde se les entrena para la defensa, el combate o el ataque a criminales, pero no se les sensibiliza en los derechos humanos de la comunidad y de las mujeres". En este contexto, entre 1997 y 2004 se presentaron seis denuncias de violaciones sexuales a mujeres indígenas atribuidas a miembros del Ejército en el estado de Guerrero, las cuales fueron conocidas por la jurisdicción militar 63 sin que conste que en alguno de esos casos se hubiera sancionado a los responsables"* (CORTE IDH, 2010b, p. 24).

15 *"Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases"* (CORTE IDH, 2010a, p. 27).

16 *"La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno"* (CORTE IDH, 2010a, p. 27).

17 *"La Corte considera que la violación sexual de la señora Rosendo Cantú vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas"* (2010a, p. 40).

da própria Comissão, tal discriminação, dentre outras de cunho cultural, econômico e social, vinham se impondo como barreiras para o acesso à justiça para uma mulher, indígena e ainda infante (CORTE IDH, 2010a, p. 40). Concluiu-se ainda que por tratar-se a violência sexual de violação a direitos humanos, a competência da jurisdição militar estaria excluída[18].

Em relação à perspectiva de gênero, esta é mencionada expressamente na decisão ao abordar-se a sua relação com as garantias processuais no caso concreto da senhora Rosendo Cantú. O Estado mexicano manifestou-se alegando que durante o período das investigações de competência civil, havia sido criado um grupo interdisciplinar com perspectiva de gênero em diversos órgãos, o qual teria continuado a colaborar mesmo com o envio do caso para a competência militar[19]. Sobre tal aspecto, a Corte compreendeu-o como algo positivo, pois tal atitude foi resultado de uma das audiências do presente caso ocorrida no ano de 2007, no qual o Estado do México havia assumido este compromisso de implementá-lo[20].

Diante do exposto, a conclusão da Corte Interamericana manifestou-se pela responsabilização do Estado do México por uma série de fatores e acontecimentos, dentre os quais a violação dos direitos à integridade pessoal, à dignidade, à vida privada, ao descumprimento da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ao descumprimento da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), a violência sexual sofrida bem como às respectivas consequências demonstradas no processo, à violação ao direito de garantia judicial, à violação ao direitos das crianças (CORTE IDH, 2010b, p. 3), observando-se que todas estas violações foram devidamente fundamentadas em documentos integrantes do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos[21].

Haja vista tais constatações, as devidas medidas de reparação que deveriam ser

18 *"La violación sexual de una persona por parte de personal militar no guarda, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, el acto cometido por personal militar contra la señora Rosendo Cantú afectó bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana como la integridad y la dignidad personal de la víctima. Es claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar"* (CORTE IDH, 2010a, p. 56).

19 *"[…] el Estado afirmó que durante el periodo en el cual la investigación estuvo bajo la competencia del fuero civil, "se creó el grupo interdisciplinario con perspectiva de género conformado por personal femenino" de diversos órganos, el cual "ha continuado colaborando en las investigaciones a propósito de la remisión de la competencia" al fuero militar. Este grupo interdisciplinario con perspectiva de género "estuvo, en todo momento, en plena disponibilidad de trasladarse a los lugares señalados por los representantes para el desahogo de las diligencias [y mantuvo] abiertos canales de comunicación para atender peticiones particulares sobre las investigaciones"*. (CORTE IDH, 2010a, p. 69).

20 *"El Tribunal observa que el grupo con perspectiva de género mencionado, si bien tuvo una intervención positiva, recién comenzó su trabajo como consecuencia de un compromiso del Estado relativo a la audiencia del presente caso ante la Comisión Interamericana el 12 de octubre de 2007, es decir, más de cinco años y medio después de denunciados los hechos* [...]" (CORTE IDH, 2010a, p. 71).

21 *"Aquí la Corte determinó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad, a la vida privada y los derechos del niño de Valentina (toda vez que era menor de edad al momento de los hechos); que incumplió el deber de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades se comporten de conformidad con esta obligación, establecida en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia, además de violar el derecho a la integridad personal de la hija de Valentina, de nombre Yenys Bernardino Sierra"* (HERNÁNDEZ, 2011, p. 175).

adotadas pelo Estado do México foram diversas, dentre as quais pode-se salientar que, dentro de um prazo razoável, o Estado deveria implementar uma reforma legislativa em relação ao Código de Justiça Militar; conduzir, em fórum ordinário, a investigação e os tramites penais do caso de violência sexual da senhora Rosendo Cantú, realizar um ato público de reconhecimento das violações de direitos humanos ocorridas, oferecer tratamento médico e psicológico as vítimas que demonstrarem tal necessidade e o requererem, capacitar os funcionários que trabalham com casos de violência sexual contra mulheres em uma perspectiva étnica e de gênero, capacitar os funcionários das forças armadas sobre direitos humanos, conceder uma bolsa de estudos a senhora Rosendo Cantú, oferecer serviços de saúde às mulheres vítimas de violência sexual, realizar campanhas de conscientização sobre os efeitos da discriminação e violência contra mulheres indígenas, dentre outras reparações CORTE IDH, 2010b, p. 4).

Destaca-se que, apesar de não ser realizado um esclarecimento sobre o que a Corte entende por "gênero", algumas contribuições podem ser observadas para garantia de direitos humanos nas questões relativas ao tema em uma concepção mais crítica. Neste sentido, destacam-se aspectos relativos às relações de poder, equidade de gênero e estrutura patriarcal (CORTE IDH, 2010a, p. 24). Ademais, ao estabelecer nas medidas reparatórias a obrigação de capacitar os funcionários sobre violência sexual, determinou a observação da perspectiva de gênero e de uma perspectiva étnica.

Apreende-se, daí, que tal decisão considera a fluidez da perspectiva de gênero, que diante de questões étnicas deve estar atenta aos distintos contextos socioculturais no qual tais elementos podem estar presentes. Além disso, denota-se que a Corte Interamericana, ao considerar violência de gênero/sexual como violação de direitos humanos, adota postura crítica sobre direitos humanos, não vinculando-se, necessariamente, a rígida observação de documento formal com expressa determinação nesse sentido. Logo, verifica-se a preocupação em efetivar direitos humanos em perspectiva crítica, de forma sustentável em relação às questões de gênero, para além dos formalismos jurídicos.

## CONCLUSÃO

O presente estudo propôs-se a investigar a insustentabilidade da visão tradicional sobre os direitos humanos nas questões de gênero a partir da atuação da Corte Interamericana de Direito Humanos. Desta forma, em um primeiro momento demonstrou-se que a cultura de violência de gênero, a partir do desenvolvimento teórico e exposição de dados, tem origens e causas múltiplas, realizada por distintos agentes, tornando seu enfrentamento complexo, muito em consequência do seu caráter simbólico e invisibilidade por argumentos naturalistas.

A violação de direitos humanos decorrente da discriminação e violência de gênero é caracterizada pela inferiorização e reprovação do outro, por sua identidade, atingido diretamente sua dignidade. Para tal enfrentamento, portanto, é necessário que as relações de gênero e as múltiplas identidades de gênero, bem como as suas compreensões, sejam tomadas pela miríade de perspectivas e situações que a realidade expõe contemporaneamente, tornando-se insustentável uma visão simplista e tradicional. Essa oposição se fundamenta igualmente na sustentabilidade social como projeto de melhoria nas condições de vida e existência.

Diante disto é que o Direito é desafiado na garantia de direitos humanos violados em decorrência de violências de gênero, sendo imprescindível a inserção da teoria crítica dos direitos humanos, seja em termos teóricos, de própria compreensão da realidade e contextualização das diferenças, seja na atuação jurisdicional, especialmente nos tribunais de proteção aos direitos humanos.

Isso significa que a teoria crítica dos direitos humanos é um aliado consistente na conexão entre marcos teóricos e pragmáticos, bem como serve a tarefa do abandono dos paradigmas modernos que sustentam estratégias de poder e dominação sobre outros seres humanos, com destaque aqui para as relações de gênero.

Nesse sentido, justifica-se a análise da atuação da Corte Interamericana de Direito Humanos a partir de um caso de violência de gênero contra uma mulher indígena, a fim de compreender se há verdadeiramente a adoção das bases ora expostas neste estudo.

Salienta-se que decisão observa a fluidez da perspectiva de gênero, que diante de questões étnicas deve estar atenta aos distintos contextos socioculturais no qual tais elementos podem estar presentes. Ademais, observa-se que a Corte Interamericana, ao considerar violência de gênero/sexual como violação de direitos humanos, toma para si a postura crítica sobre direitos humanos, não restringindo sua leitura, necessariamente, a rígida observação de documentos jurídico-formais com expressa determinação nesse sentido. Portanto, verificou-se a preocupação em efetivar direitos humanos em perspectiva crítica, de forma sustentável em relação às questões de gênero, para além dos formalismos jurídicos, algo a ser enaltecido na formação de uma cultura diferenciada na defesa dos direitos humanos de gênero no continente latino-americano.

## REFERÊNCIAS

ABSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública.* São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016. Disponível em:<http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 13 de jan. 2018.

ALFARO, Norman José Solórzano. Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. *Direitos humanos e globalização:* fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. *Revista Electrónica Internacional de la Unión Latinoamericana de Entidades de Psícologia,* México, n. 14, out. 2008. Disponível em: < http://psicolatina.org/14/genero.html>. Acesso em: 10 out. 2017.

BAIRROS, Luiza. Nossos feminismos revisitados. In: MIÑOSO, Yuderkys Espinosa; CORREAL, Diana Gómez; MUÑOZ, Karina Ochoa. *Tejiendo de otro modo:* Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014, p. 181-187.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.* Brasília. Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. Manole, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Tradução de Maria Helena *Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.*

*BUTLER. Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Lisandra Arantes. O movimento feminista no Brasil, suas conquistas e desafios. O empoderamento da mulher como instrumento de intervenção social. In: SLAKMON, Maíra Rocha; MACHADO Catherin; BOTTINI Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança.* Brasília: Ministério da Justiça do Brasil, 2006, p. 203-213.

CORREAL, Diana Marcela Gómez. Feminismo y modernidad/colonialidad: entre retos de mundos posibles y otras palabras. In: MIÑOSO, Yuderkys Espinosa; CORREAL, Diana Marcela Gómez; MUÑOZ, Karina Ochoa. *Tejiendo de otro modo:* Feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014, p. 353-370.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* 2010a. Disponívelem: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.* Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. 2010b. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_216_esp.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. Transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.) *Direitos sociais e políticas públicas,* tomo 13, Santa Cruz do Sul: Edunisc, p. 193-216, 2013.

DIAS, Felipe da Veiga. COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Sistema punitivo e gênero:* uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GALLARDO, Helio. *Teoría crítica:* matriz y posibilidad de derechos humanos. Murcia: s.e., 2008.

GGB (Grupo Gay da Bahia). *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil.* 2012. Disponível em: <http://www.ggb.org.br/>. Acesso em: 01 out. 2017.

GORCZEVSKI, Clovis; DIAS, Felipe da Veiga. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. *Revista Seqüência,* Florianopólis, n. 65, dez. 2012, p. 241-272.

HERNÁNDEZ, Laura Rangel. Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla,* México, ano V, n. 28, jul/dec, 2011, p. 160-186.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvención de los derechos humanos.* Sevilla: Atrapasueños, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos.* Os direitos humanos como produtos culturais. Versão ebook. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

IPEA. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde.* 2014a. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

IPEA. *SIPS - Tolerância social à violência contra as mulheres.* 2014b. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

IPEA.*Violência contra a mulher:* feminicídios no Brasil. 2013. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MOURA; MARTINS. Os Direitos Humanos nas encruzilhadas da emancipação: as lutas sociais e as escalas da contra-hegemonia. *Revista Videre.* Dourados, MS, v. 8, n. 15, jan./jun., 2016.

MPSP (Ministério Público do Estado de São Paulo). Em 30 anos, assassinatos de mulheres aumentam 239%. *Revista da Escola Superior do Ministério Público,* n. 56, out-dez. 2013, p. 4-8.

ONU-BR (Organização das Nações Unidas-Brasil). *No dia internacional da mulher ONU pede o fim de todos os tipos de violência de gênero.* 2014. Disponível em: <http://www.onu.org.br/no-dia-internacional-da-mulher-onu-pede-fim-de-todos-os-tipos-de-violencia-de-genero/>. Acesso em: 01 nov. 2017.

PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. Tradução Angela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2008.

PUELO, Alicia H. Patriarcado. In: AMORÓS, Celia (Dir.). *10 palabras clave sobre Mujer*. Pamplona: Verbo Divino, 1995, p. 21-54.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos Pagu,* n. 16, 2001, pp.115-136.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico,* Barreiras, vol. 3, n. 1, maio, 2015, p. 181-213.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. Tradução de Clovis Gorczevski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SCOTT, Joan. *Gênero:* uma categoria útil para análise histórica. Tradução Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. New York: Columbia University Press, 1989. Disponível em: <http://www.observem.com/upload/935db796164c35091c80e10df659 a66.pdf.

SDH (Secretaria de Direito Humanos). *LGBT*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/programas>. Acesso em: 26 out. 2017.

SOIBET, Rachel. Mulheres Pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del. *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997.

SPERANDIO, Marilin Soares; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; CAMARGO, Carolina. Em defesa de uma sustentabilidade social com fundamento na ética da alteridade: uma reflexão literária da obra "portas abertas" de Leonardo Sciascia. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 17, n. 2, maio/agosto, 2017.

ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O Brasil e a execução das decisões proferidas no contexto do sistema interamericano de direitos humanos, p. 83-134. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo III. Bogotá: Unión Gráfica ltda, 2013.

RECEBIDO EM: 28/06/2018
APROVADO EM: 02/07/2018

# A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES DE PODER: QUESTÕES ACERCA DA MIGRAÇÃO E SUAS FORMAS DE EXPLORAÇÃO

## *LA MUNDIALIZACIÓN Y SUS EFECTOS EN LAS RELACIONES DE PODER: CUESTIONES A CERCA DE LA MIGRACIÓN Y SUS MANERAS DE LA EXPLOTACIÓN*

**Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso**[1]

**Luísa Vanessa Carneiro da Costa**[2]

**RESUMO:** O presente trabalho pretende estudar questões sobre o fluxo migratório em razão dos efeitos da globalização, de modo a pensar que o poder econômico é um fator agravante frente ao tráfico de seres humanos e a exploração da migração. Dessa forma, os principais autores que deram aporte teórico para esta pesquisa foram: Therborn (2001), Vieira (1999), Garachana (2008) e Sassen (2008). Tratando-se de uma pesquisa bibliográfica, e exploratória, de abordagem qualitativa. Podemos perceber o fluxo migratório como resultado de uma série de fatores, a propósito: os acontecimentos políticos, econômicos e sociais colaboram para a instabilidade da migração, como reflexo, a marginalização decorrente das implicações da globalização instauradas no campo da violência, neste caso, a violência de gênero, ao pensar a mulher migrante, na

1 Pós-doutora pelo Programa de Pesquisa em Ciências sociais, Crianças e Adolescentes na América Latina da rede: PUC-São Paulo (BR) e Centro Latino Americano de Ciências Sociais (CLACSO). Doutora em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid (España) onde investigou o crime de Tráfico de Seres Humanos e a interferência do marco do Código Penal Espanhol de 1995 para a prevenção de referido delito no âmbito da União Européia. Diplomada em Estudos Avançados (DEA) pela mesma Universidade e especialista em Relações Internacionais na era da Globalização pela Universidade Católica de Pernambuco (Brasil). Atualmente é Professora de Direito Penal da Universidade Católica de Pernambuco, onde, também, leciona, na condição de Professora Permanente, em seu Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). É, ainda, líder do grupo de pesquisa "Direitos Fundamentais: Instrumentos de concretização" (Plataforma Lattes). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: movimento migratório - com atenção ao fenômeno da feminização da imigração, tráfico internacional de seres humanos e imigração ilegal, exploração sexual e prostituição - futuro do Direito Penal e Direito penal da globalização. vanessampedroso@gmail.com

2 Mestranda em Direito - Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (2017). Pós-graduanda em Direitos Humanos: Educação e Ressocialização - Universidade Candido Mendes - UCAM (2017). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca - DeVryUNIFAVIP. Controladora Interna no Instituto de Previdência e Servidores de Capoeiras-PE (IPSEC). Foi Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares Sobre Direitos Humanos Mércia Albuquerque (GEPIDH - Mércia Albuquerque). Realizou Extensão Universitária: DHiálogos: Ciclo de Debates Sobre Sociedade e Direitos Humanos. Possui interesse nas áreas de Direitos Humanos, Criminologia, Gênero, Medidas de Segurança, Cárcere e Tráfico de Drogas. luisavanessa1@hotmail.com

esfera trabalhista, quanto à precarização do trabalho, o impacto sobre os trabalhadores migrantes e o papel da imigração, dentre outras formas de exploração deste campo que atinge várias pessoas e Estados do mundo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Globalização. Migração. Economia. Tráfico de seres humanos.

**RESUMEN:** El trabajo estudia cuestiones del flujo de la migración bajo los efectos de la mundialización desde el poder de la economía como hecho que aumenta el fenómeno del tráfico de seres humanos e la explotación de la migración. Los autores que conducen teóricamente la investigación son Therborn (2001), Vieira (1999), Garachana (2008) e Sassen (2008). La investigación bibliográfica y exploratoria de carácter cualitativa. Se puede percibir que el flujo de la migración es resultado de un conjunto de factores, es decir, los hechos políticos, económicos y sociales que, a su vez, colaboran para la instabilidad de la migración y traen como reflejo una violencia decurrente de los procesos de la mundialización. En ese caso nos interesa la violencia en lo que atañe la precariedad del trabajo de los trabajadores migrantes y en especial a la mujer migrante y su derecho al trabajo digno, lejos de cualquier posibilidad de victimizarlas.

**PALABRAS CLAVE:** Mudialización. Migración. Economía. Trata.

## INTRODUÇÃO

A definição do título do trabalho baseia-se em um sistema jurídico sistemático, que segue as condições dogmáticas e as condições aplicáveis aos estrangeiros legais e/ou clandestinos que migram para posterior exploração, seja formal ou informal.

Esta circunstância baseia-se no fato de que, quando se trata da questão da imigração, não é possível, portanto, distanciar, completamente, as questões relacionadas à identificação dos movimentos, de circunstâncias econômicas, políticas e sociais a que um determinado Estado enfrenta e, talvez, um continente.

Desta forma, neste trabalho, analisar-se-á as adversidades que influenciaram o movimento migratório e a exploração da migração, dando causa as questões econômicas decorrentes das relações de poder.

Procura-se entender, através destas perspectivas, o quanto o processo de globalização reflete nas relações de constantes crises políticas, dessa forma, teve-se como problema de pesquisa: Quais as intercessões entre globalização e migração frente às relações de poder econômico?

Como objetivo geral, tem-se a necessidade de: Estudar questões sobre globalização e migração, frente às relações de poder e para os objetivos específicos foram estabelecidos: Discutir sobre globalização e seus efeitos no poder econômico, a partir das formas de migração; Analisar, sob o aspecto das coordenadas econômicas, as formas de migração, frente ao atual processo de globalização.

A escolha do tema se deu pelo interesse de aprofundar uma temática que se entende

como de grande relevância, de modo que é fruto de estudos que vêm sendo realizados ao longo da disciplina: Globalização, migração e tráfico de seres humanos, surgindo, a partir disso, a inquietação e curiosidade em compreender de que forma ou, quiçá formas - bem como os efeitos - o poder econômico que promovem o fluxo migratório.

Para o contexto acadêmico, o presente trabalho parte de um estudo com pouca visibilidade em pleno século XXI, haja vista a frequente marginalização da migração econômica e a grande desigualdade social, decorrente da era globalizada. De forma que, para o âmbito social, este trabalho traz uma história da realidade em que vivem as milhões de pessoas vítimas de uma estrutura social que traça padrões de opressão daquele que não se encaixa nos conservadores ditames traçados pela sociedade dos "bons".

A ideia surge, então, da necessidade de apontar os elementos que compõem o fluxo migratório não apenas nas regiões de saída, mas também naquelas consideradas de chegada, uma vez que esses pontos consistem, por sua vez, no objetivo final do comércio de pessoas.

Esta maneira de abordar o assunto é muito importante, uma vez que a discussão do objeto proposto tem uma transcendência prática que levanta um debate social crítico que se baseia na busca por práticas de equidade. Tal debate é realizado através da resolução de muitas dúvidas e questões que surgem em todo o desenvolvimento de idéias que fundamentam esse trabalho, embora sejam justificadas em outras ciências diferentes das do campo jurídico.

A partir disso, é possível afirmar que o trabalho traz uma discussão de grande relevância e que, infelizmente, tem pouca visibilidade na sociedade tradicional e conservadora que vivemos.

## 1 PENSANDO QUESTÕES SOBRE GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NO PODER ECONÔMICO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar questões sobre globalização e migração econômica, de modo a estudar relações entre o poder econômico, capital e polarização dos regimes políticos frente às formas de exploração da migração, no contexto do tráfico de seres humanos.

Neste cenário, serão discutidas questões que nos remetam a pensar o que é globalização, quais os efeitos da globalização, e ainda, assuntos direcionados à questões econômicas, a partir das formas de migração, fazendo uma abordagem à introdução do tráfico de pessoas.

Há de se falar, inicialmente, em globalização levando em consideração alguns conceitos básicos, bem como seus efeitos conduzidos pela economia, processos históricos e dimensões políticas.

Desde a década de 80 que vem sendo utilizado o termo globalização para designar as ações de características transnacionais em relação ao funcionamento do mundo. No entanto, estabelecer um conceito fixo do que se torna a globalização através de suas implicações e políticas é uma tarefa muito difícil, pois, em princípio, o fenômeno acima mencionado é apresentado como uma circunstância generalizadora da economia de

mercado para todos os Estados do mundo.

Desse modo, pensando um conceito básico a definir o que seria globalização, segundo Therborn (2001), que entende partir, basicamente de três correntes, onde a mais evidente e mais simples delas consiste na ideia de globalização enquanto qualquer coisa que queiramos que ela seja, o que é uma resposta coerentemente nominalista, pois defende que a globalização deveria indicar a existência de algo novo nesse mundo.

Dessa ideia, Therborn (2001, p. 124) discorre sobre um segundo conceito que caracteriza a ideia de globalização:

> Uma segunda resposta adequada implicaria em situar o conceito em discursos reais atuais e, a partir daí, talvez continuar a especificar as definições individuais. Desde o final da década de 80, a noção de globalização surgiu em, pelo menos, cinco tipos centrais de discurso. O principal deles é o econômico, que se refere a novos padrões de comércio, investimento, produção e empreendimento. Um segundo tipo, geralmente derivado do primeiro, é o sócio-político, concentrando-se no papel cada vez menor do Estado e de um tipo de organização social a ele associada. Em terceiro lugar, a globalização surgiu como centro de um discurso e de um protesto sócio-críticos, como uma nova forma que assumem as forças adversas: o inimigo da justiça social e de valores culturais particulares. Há outros dois discursos, mais especializados, mas igualmente importantes. Existe o discurso cultural, dos estudos antropológicos e culturais, que apresenta a globalização como fluxos, encontros e hibridismo culturais. Por fim, como responsabilidade social, a globalização é parte de um discurso ecológico e de preocupações ambientais planetárias.

"Um terceiro conceito para globalização seria o de caráter reflexivo, o qual pondera: a globalização está sendo concebida de diversas formas, mas para propósitos de análise social científica, entendo que esta é a mais proveitosa" conforme dispõe Therborn (2001, p. 124).

Meza (1996) estabeleceu um conceito fixo do que vem a ser globalização, mediante suas implicações teóricas e políticas, dizendo ser uma tarefa árdua, já que em princípio o referido fenômeno se apresenta como circunstância generalizadora da economia de mercado a todos os Estados do mundo, ou seja, a globalização é um paradigma de fundamentação econômica e, também, um modelo ideológico que, em tese, possibilita um maior desenvolvimento de todos os Estados do globo, bem como um assentamento definitivo das instituições democráticas.

No entanto, a globalização concentra seus benefícios econômicos em três polos específicos, a saber, a Europa, EUA e Japão possibilitando, ainda, o empobrecimento das regiões que estão ao redor desses três grandes países (HERNÁNDEZ, 1997). Na realidade, é possível afirmar que a globalização é um fenômeno que opta por concentrar mercados econômicos que, por sua vez, se tornam centros de decisões transnacionais, já que possuem o poder econômico mundial.

Neste sentido, faz-se necessário refletir se a globalização não consiste, tão somente, na concentração de poder e submissão econômica daqueles que não alcançam um sistema de produção de riquezas.

Se não, note-se a pouca oportunidade de crescimento e desenvolvimento econômico e social que os países não detentores de riquezas tem sofrido. Sem contar uma verdadeira precarização do trabalho e um numero excessivo de desempregados, gerando, assim, desigualdades sociais e dependência econômica do exterior.

Faz-se, então, necessário um processo de realinhamento constitucional decorrente dessa globalização centralizada e neste sentido, pensa-se na ideia dos três movimentos que Vieira (1999), vem chamar de regionalização, cosmopolitanismo ético e globalização econômica.

Desse modo, Vieira (1999), dispõe que a regionalização resta representada pela União de Estados, com fins específicos; o cosmopolitanismo ético aparece em decorrência do movimento de um sistema universal de direitos humanos, onde o último movimento, chamado de globalização econômica, busca estabelecer um hábitat ideal para a livre circulação e atuação do capital transnacional por todo o globo.

O que se percebe, diante desses três movimentos que foram mencionados é que os direitos humanos constituem o melhor exemplo do processo de constitucionalização, considerando a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, seu objetivo e a respectiva função.

A esse respeito, Vieira (1999, p. 30):

> Assim é que surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de estabelecer um novo horizonte ético, a partir do qual a relação dos Estados com seus cidadãos pudesse ser julgada por um paradigma externo ao próprio direito de Estado. A Declaração, é bom que se diga, não surgiu com a pretensão de transformar-se em Direito Internacional, como uma hard law. Embora seja o principal instrumento e certamente o mais conhecido dos documentos de direitos humanos [...].

De toda forma, há quem fale que a Declaração Universal é apenas um dos passos adotados pelo processo de constitucionalismo globalizado, de modo que considera-se que o sistema global também foi fundado na Carta da ONU, no ano de 1945, bem como na Declaração Universal de 1948, não bastante, também estaria fundamentado em outros Tratados de proteção dos refugiados.

Considerando o que é globalização, sua relação com o poder econômico, seus efeitos e processo de surgimento Vieira (1999), fala, ainda, como o sistema global de proteção aos direitos humanos conseguiu adquirir mais consistência, de forma que essa incorporação se deu a partir da adoção da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambas em 1966.

Nessa perspectiva, Campilongo (1996), entende que:

> Para muitos teóricos do Direito, a globalização envolve a passagem de um contexto de vinculação entre o Estado e o direito para uma situação de pluralismo das fontes normativas (um direito social primário que surge dos "fatos do direito" um direito dos juristas e, por fim, um direito estatal). [...]

Assim, é interessante pensar o quanto a sociedade global é complexa e está interligada à determinações externas, pois que, ao mesmo tempo que possibilita diferentes alternativas e possibilidades, impõe as consequências dos riscos em um padrão que envolve em sua dimensão, novas formas de comércio, investimento, produção e empreendimento. Sem contar que, ainda, é um derivado sócio-político que surgiu como centro de um discurso e de um protesto sócio-crítico, como uma nova forma que assumem as forças diversas.

A partir de um balanço mais objetivo, é interessante frisar sobre efeitos e resultados dessa era globalizada em razão de uma sociedade traçada por padrões eurocêntricos e marcadores de exclusão político-econômica.

Rattner (1995) aduz que o processo de globalização, embora conduzido pela economia, deve ser apreendido, também, em suas dimensões políticas, histórico-culturais e espaciais-ecológicas. Contrariamente à visão idealizada de uma progressão linear de mercados regionais integrados para uma sociedade una e global, a realidade apresenta, para esse autor, uma fragmentação do espaço político com novas barreiras e mercados protegidos.

Através disso, percebe-se a necessidade de um balanço mais objetivo que olhe para os cidadãos periféricos e pense na população mais vulnerável, socialmente e financeiramente falando, no intuito de minimizar os problemas da fome, do desemprego, das favelas, da violência, por exemplo. De um modo geral, observa-se que quanto mais há uma desigualdade do nível salarial, acarretando na seletividade e hierarquia de poderes, predomina os conflitos e torna conturbada a relação de igualdade socioeconômica.

Nota-se, em termos práticos, que, todos os dias os conflitos entre grupos de interesse que lutam por fatias decrescentes do produto social são agravados pelos multiplicados choques entre grupos étnicos e religiosos longamente reprimidos, frustrados e desesperançados face à inoperância do sistema e das instituições. Efetivamente, à medida que a competição pelos mercados se acirra, os ricos e poderosos tornam-se mais soberanos e os pobres, em número crescente, mais miseráveis (RATTER, 1995).

Por sua vez, notamos como a globalização, mais precisamente as razões de cunho econômico são fortes e influentes nos setores de serviços prestados e na seletividade de emprego, de forma a serem grandes influentes para o capital financeiro e industrial.

Para Ratter (1995), um fator agravante desse processo de polarização e exclusão é constituído pela perda paulatina da capacidade do Estado de levantar recursos, via tributos e impostos, para atender às demandas cada vez mais urgentes, não somente das massas, mas também das classes médias angustiadas pelo desemprego. É dizer, demandas fundamentadas no custo e baixa qualidade da educação, bem como na falta de segurança e deterioração generalizada da qualidade de vida.

A observação desta circunstância leva a dois problemas essenciais. O primeiro traz uma reflexão sobre o fato de que o fenômeno da globalização, ao reconhecer as liberdades do caráter econômico, estabelece no mundo real a existência da escravidão como regra de sociedades atuais.

Já uma segunda problemática/reflexão, leva à pensar sobre a concentração de benefícios econômicos em pólos específicos. Por sua vez, promove diretamente, um novo sistema de observação do espaço e do tempo, de acordo com Castells (1996, p. 62), uma vez que existe uma fusão dos conceitos acima mencionados, proporcionando assim uma conexão imediata entre diferentes pontos ao redor do planeta.

Dessa forma, esta fusão de espaço e tempo promove de maneira indireta, processos agregados à globalização, pois que tal fenômeno, em verdade, trás consigo uma interdisciplinariedade de pressupostos que levam muitos setores sociais a uma verdadeira desordem. Se não é assim, note-se o que aduz Boaventura de Souza Santos quando lembra que "Aquilo que habitualmente chamamos de globalização são, de fato,

globalizações, pois se trata de conjuntos diferenciados de relações sociais" (SANTOS, 2002, p. 29).

Feitas essas considerações a respeito do processo de globalização, suas causas e efeitos, frente às considerações de direitos humanos, passa-se a análise de sua influência a partir das formas de exploração da migração.

## 2 CONTEXTO MIGRATÓRIO E SUAS FORMAS DE EXPLORAÇÃO

Neste tópico serão tratadas questões acerca da migração e possíveis formas de exploração, pensando, portanto, em suas coordenadas econômicas que marcam o atual processo de globalização.

Inicialmente, de acordo com Martini (2005), é preciso entender como a globalização afeta os deslocamentos espaciais da população. Nos dias de hoje, o horizonte do migrante não se restringe à cidade mais próxima, nem à capital do estado ou do país. Seu horizonte é o mundo - vislumbrado no cinema, na televisão, na comunicação entre parentes e amigos. O migrante vive em um mundo onde a globalização dispensa fronteiras, muda parâmetros diariamente, ostenta luxos, esbanja informações, estimula consumos, gera sonhos e, finalmente, cria expectativas de uma vida melhor.

Ao mesmo tempo, faz-se necessário lembrar que a globalização, por meio de um sistema político neoliberal, consegue afastar, cada vez mais, a tentativa de igualdade de classes, partindo, assim, do pressuposto que o capitalismo se alimenta das desigualdades para ter a possibilidade de se manter.

Neste talante, a pedra de toque passa a ser a compreensão não só econômica do fenômeno da globalização, mas também política e social, haja vista que a livre mobilidade dos bens, implícita no discurso da globalização, não está diretamente relacionada à livre mobilidade dos diferentes cidadãos do mundo, fornecendo como antes dito, uma nova construção do conceito de fronteiras.

Dessa forma,

> A história da humanidade registra, desde o seu aparecimento na face da Terra até hoje, repetidos movimentos de migração e de fixação de populações em várias regiões do globo. Os seres humanos sempre se movimentaram, por instinto, com o desejo de conhecer e explorar o desconhecido ou impulsionados por problemas políticos, econômicos, sociais, religiosos, guerras, ou através da combinação de dois ou mais desses fatores. No decorrer dos séculos aconteceram muitos movimentos migratórios de proporções diferentes, sendo alguns de grandes dimensões, os quais influíram significativamente na evolução histórica do gênero humano. (DEZAN, 2007, p. 18)

Sendo assim, percebemos que com o fluxo migratório, o processo de acúmulo de capital tende a crescer e tomar sentido no que se refere à saída de zonas opacas em direção às zonas luminosas, por exemplo, sempre buscando melhores condições de vida através de novas oportunidades de trabalho.

De acordo com Walzer (1998, p. 45), é verdade que a mudança de etnicidade é um processo natural de fluxos migratórios de qualquer ordem, pois é o resultado da

reunião de padrões de comportamento, idéias estruturadas por crenças, costumes e valores transmitidos coletivamente de uma determinada sociedade. Assim, por exemplo, diz-se que, quando os imigrantes de certa região chegam à Espanha -, por exemplo - eles trazem consigo um forte fardo de emoções típicas de seus países, dificultando o conhecimento e a manifestação dos valores da sociedade a que eles chegam.

Com isso, é possível pensar na ideia de capitalismo e desequilíbrio social, pois

> O grande desequilíbrio social está inerente ao capitalismo, de forma que a acumulação de bens em poucas mãos e a farta distribuição da miséria para muitos, habita o inimigo, ou seja, a contradição fundante deste modo de produção está inerente à injustiça e a iniquidade (SAFFIOTI, 2004, p. 14).

Desse modo, é possível traçar um perfil de migrantes econômicos, já que estes, geralmente, estão considerados dentro de uma classe vulnerável.

> É importante dizer que, na maioria das vezes, o desenvolvimento de atividades em condições de precariedade nos Estados desenvolvidos sugere uma possível melhoria das condições de vida em relação às condições em que esses imigrantes moram em seus países de origem. Fato que leva à reflexão de que os elementos de atração não têm significado quando são observados isoladamente, porque esses elementos, necessariamente, devem receber apoio do que podem ser chamados de elementos de expulsão nos países de partida (BECUCCI, MASSARI, 2003, p. 13).

Percebe-se, assim, que o deslocamento de espaços variados, tem como principal característica do público migrante as estratégias de sobrevivência e de mobilidade social da população. A partir disso, é importante notar que no estudo da migração é necessário, sempre, ter em mente as condições que vinculam os países de destino com os Estados de orientação, ou melhor dizendo, de saída ou de origem desses cidadãos.

Entende Martini (2005) que a migração é inevitável e tem o potencial de ser bastante positiva para o desenvolvimento e a redução da pobreza. As políticas que partem desse princípio terão mais êxito do que aquelas que tentam se opor, de forma intransigente, à globalização e/ou à migração de pessoas no espaço.

É interessante observar que há um crescente fluxo migratório, mais precisamente no contexto global, que segundo Marinucci (2015), é caracterizado por uma difundida crise econômico-financeira, a chegada de imigrantes e solicitantes de refúgio desperta, não raramente, sentimentos e atitudes de solidariedade e acolhida, mas também reações alarmistas, xenófobas e racistas. A globalização da violência bélica, que atinge também os países ocidentais, alimenta ainda mais um generalizado clima de suspeita em relação a qualquer imigrante, inclusive entre aqueles que fogem de guerras, de redes de tráfico de pessoas e de violações generalizadas de direitos humanos.

Diante disso, percebemos o quanto as práticas xenófobas são marcadores de preconceito e violência quando se refere ao contexto migratório, de forma a criminalizar a migração e com isso, a construção de muros e barreiras que dificultam a liberdade dessa classe.

Percebemos o quanto há exclusão dos imigrantes, por parte dos Estados, o que ocorre frequentemente na Alemanha, por exemplo, onde foi adotada uma política de fechamento das fronteiras, que era chamada de "zero imigração", depois recebendo o slogan "aqui não tem lugar". Essas campanhas externavam marcadores manifestando racismo e xenofobia, essas práticas também eram comumente visualizadas nos países

da América Latina, onde observou-se grandes crises socioeconômicas dirigidas pelas classes políticas.

Por sua vez, conforme trata Marinucci (2015), essas reflexões atestam a profunda complexidade da relação entre criminalidade, migração e direito. Embora sofram numerosas violações de direitos humanos, tanto nos países de origem como naqueles de trânsito e de chegada, muitos migrantes e solicitantes de refúgio, com frequência, acabam sendo perseguidos por dispositivos legislativos que visam, antes que o respeito da dignidade do ser humano, o controle do excedente social.

Fator que ganha traços de segregação e violência com índices mais elevados, são os marcadores de gênero, tendo em vista a marginalização da mulher migrante, o que resta ainda mais evidente quando o mercado de trabalho imigrante é destinado a mulheres também imigrantes, por exemplo.

Isso pode ser observado ao longo da história das sociedades tradicionais, onde as mulheres não foram encorajadas a sair de sua casa, nem a ir além dos limites da unidade familiar, pois sua responsabilidade consistia em cuidar de seus filhos e, em algumas sociedades, no cuidado dos pais idosos. A busca de uma vida melhor além do horizonte que determina a casa sempre foi um privilégio dos homens.

Com isso, podemos pensar o quanto nossa estrutura social apresenta traços extremamente machistas e misóginos, vez que pode ser repensado o lugar que o feminino ocupa frente a um meio social fincado em privilégios e conservadorismo.

O espaço que as mulheres ocupam em grau de privilegio ainda é, de certo modo, insignificante, de forma que a opressão e a violência contra a vida social da mulher ainda é traçada por desigualdades.

Diante de uma sociedade intensamente hierárquica, traçada por padrões subalternos decorrentes das questões de gênero, as mulheres mulas são, rotineiramente vítimas de violências.

De acordo com Garachana (2008), o homem é fonte de renda para sua família, migra para outra cidade ou país, para ganhar algum dinheiro porque, onde vivem, prevalecem as condições inerentes à pobreza ou à pobreza extrema e é impossível obtê-lo devido à falta de oportunidades de trabalho. No início, a mulher/família recebe dinheiro das remessas do homem que a deixou e, em troca, esse homem, pede-lhe para ficar no mesmo lugar à sua espera.

Partindo da analise da migração a partir do feminino é possível perceber o quanto a mulher é considerada como um mero elemento de continuidade familiar. Se não note-se que a figura de macho detém todo o poder de decisão sob o migração do ente feminino nos fluxos migratórios familiar.

Outra maneira de perceber a exclusão e repressão às minorias passa-se, pois nas oportunidades de inserção ao mercado de trabalho, frente ao processo migratório e suas características.

Desta maneira, é possível notar o quanto os processos de exclusão e de seletividade partem de uma estrutura social traçada pelas marcas do tradicionalismo e do privilégio.

> Ou seja, essa exclusão supõe uma estrutura estatal para atender aos fins do capital através da marginalização do imigrante. Mas, note a seleção das obras destinadas

> aos nativos e aos imigrantes e, além disso, o abismo existente, principalmente, na relação salarial e nas garantias trabalhistas entre esses dois atores sociais (PEDROSO, 2010, p.68).

Dessa maneira, notamos que a história da imigração econômica foi, em larga medida, projetada pela história dos trabalhadores e até mesmo pelas transformações desses mesmos trabalhadores estrangeiros em comunidades étnicas que não compartilham necessariamente a mesma nacionalidade.

No entanto, Sassen (2008) afirma que hoje, o fenômeno migratório ultrapassa os limites dessas duas histórias, uma vez que os cidadãos como um todo observam a imigração como uma transgressão, contribuindo para a manifestação de uma nova história desse processo.

Essa questão foi bem detalhada em 2004 por José Ignacio Antón Prieto (p. 252/253) onde o autor discorre sobre as atitudes que os cidadãos castelhano-leoneses admitem que a entrada de migrantes está diretamente relacionada a delinquência e insegurança dos nativos, pois que mais de 40% dos entrevistados admitem existir uma relação entre imigrantes e os delitos de propriedade e homicídios. O autor aponta, ainda, que para um número considerável de entrevistados este vínculo é muito maior nos casos de prostituição.

Dois anos depois, Montserrat Pérez Viso (p. 136) chega a afirmar que a opinião pública passou a considerar que se existem mais imigrantes, existem mais delitos, pois 51% da população considera que o aumento da imigração está diretamente relacionada aos incrementos da delinquência.

Para Sassen (2008), este novo momento do processo migratório apresenta múltiplas características[3] que resultam da reunião das circunstâncias presentes nos nossos dias. Certas circunstâncias são representadas pela desestabilização de hierarquias formais de poder centradas no Estado e que, por sua vez, é formada pelo surgimento de novas instituições globais que vão desde mercados eletrônicos financeiros até regimes de direitos humanos.

Nesta perspectiva podemos perceber resquícios ocidentalizados quando falamos em direitos humanos. Dessa forma observamos o quanto as estratégias de direitos ainda são arcaicas em razão da liberdade de cultura e valores.

Assim, uma perspectiva ocidentalizada ainda se faz presente neste campo, o que é fácil notar os marcadores sociais de opressão, fincados no conservadorismo de uma sociedade globalizada, que prega padrões e estereótipos culturais, invisibilizando outros costumes e valores.

De acordo com o pensamento de Sassen (2008), essas instituições globais, por sua vez, permitiram uma multiplicação de dinâmicas e atores políticos informais em um espaço que o autor chama de "cidades globais"[4] exigindo, portanto, a existência de um novo Tribunal Penal Internacional.

---

3 Conforme informações coletadas do Movimento Migratório Internacional.

4 Cidades globais são uma espécie de nova zona fronteiriça, tanto para a capital global, como para os novos atores políticos informais, segundo SASSEN, Saskia.

Neste contexto, a observação dessas "cidades globais" leva a evidências claras de uma reestruturação da demanda trabalhista nesses núcleos, separada em três grupos diferentes, sendo o primeiro um grupo com alto grau de especialização e, portanto, recebendo a renda mais alta ou, mesmo a renda média, um segundo grupo formado por empregos mal remunerados, que têm pouca qualificação, mas possuem o pleno domínio do idioma e, pelo mesmo motivo, o grupo de imigrantes que produzem serviços de qualquer ordem (SASSEN, 2000, p. 503/524).

O que se pode perceber é que no mundo global, a realização de uma nova economia, de serviços onde as oportunidades de emprego são de baixa qualidade, prevalecem sob às expectativas de uma melhoria para a classe trabalhista. É nesse clima geral que muitos migrantes se inserem no mercado de trabalho dos países de trânsito e de destino.

Esta convivência da associação de atores segregados com a intenção de promover o benefício de uma existência comum para eles é mais evidente quando o mercado de trabalho imigrante é destinado a mulheres também imigrantes.

Desse modo, buscamos identificar a globalização como sendo instrumento estrutural da migração para grandes centros econômicos. Analisando, portanto, como a globalização gera uma escravidão de diferentes formas, variando conforme o contexto migratório e suas formas de exploração.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia deste trabalho é identificar a globalização econômica como instrumento estrutural da migração para os grandes centros econômicos mundiais.

Para tanto, este trabalho tentou contextualizar o fenômeno da imigração durante um marco temporal, e tangencialmente, foi contemplando a globalização como um instrumento que promove a imigração atual.

Não se trata aqui de afirmar que o fenômeno migratório ou talvez o objeto geral de estudo deste trabalho, isto é, o comércio de pessoas e o cruzamento ilegal de fronteiras é um fato dos tempos modernos ou mesmo o resultado da globalização, porque isso seria uma falsa percepção da história do mundo, já que, migração regular ou não, bem como o comércio de pessoas existe desde os tempos mais remotos.

Porém, por outro lado, não se pode negar que a globalização como conhecemos na atualidade, termina por destacar as diferenças entre os Estados de uma maneira que revela falsas oportunidades de riqueza em Estados considerados centrais.

Fato que, por sua vez, acaba expandindo, nos cidadãos dos países periféricos, o desejo de emigrar para os países centrais em busca de uma melhor qualidade de vida econômica promovendo, como conseqüência, uma estratificação do mercado de trabalho para estrangeiros que chegam de países considerados de Terceiro Mundo.

Este fenômeno migratório, baseado na atual concentração econômica, apresenta diferentes efeitos e transformações que, ao longo da elaboração deste trabalho, foram enumerados e a partir do qual podemos apontar a forte mudança na identidade dos cidadãos dos Estados centrais e também, nos cidadãos provenientes de Estados periféricos, uma vez que estes passam a assumir valores de cultura transnacional, admitindo em muitas ocasiões a denominação de "cidadãos do mundo".

Ao mesmo tempo, o fenômeno da feminização da migração também foi identificado, ou seja, ao contrário do que aconteceu no passado, a mulher reage hoje como a célula que inicia a cadeia de migração tanto nas emigrações nacionais, quanto no contexto migração internacional.

Referida circunstância possivelmente tenha sido evidenciada devido à incorporação de mulheres no mercado de trabalho salarial nos Estados desenvolvidos. Fato que associado aos elementos de expulsão dos estados periféricos, promove a existência do que é considerado um proletariado feminizado nos países centrais.

## REFERÊNCIAS

BECUCCI, Stefano; MASSARI, Monica. Globalizzacione e criminalitá. Ed. Laterza. Roma, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do direito e globalização econômica. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global.* São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. cap. 3.

CASTELLS, Manuel. *La era de la información, economia, sociedade y cultura*. La sociedade red. vol. 1. Alianza editorial. Madrid, 1996.

DEZAN, M. D. de S. *Impactos da Imigração Japonesa Sobre a Diversidade Cultural na Organização do Espaço Geográfico Piracicabano-SP.* Rio ClaroSP: Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociências e Ciências Exatas, 2007.

GARACHANA, María Josefa Lopéz. Retos que enfrentam las mujeres solas em el siglo XXI, em *La Igualdade no es uma Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafios*. Anales del 10º Congresso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008.

HERNANDÉZ, Juan Ramón Capella. *Fruta prohibida:* Una aproximación histórico – teorética al esadio del derecho y del estado. Trotta: Madrid, 1997.

MARINUCCI, Roberto. *Criminalização das migrações e dos migrantes.* Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852015000200007. Acesso em: 23 out. 2017.

MARTINI, George. *A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001. Acesso em: 19 out. 2017.

MEZA, Raúl Bernal. *La globalizacón:* ¿ um processo y una ideologia? In. Realidad Económica. IADE. nº 39. Buenos Aires, abril/maio de 1996.

PRIETO, José Ignacio Antón. "Inmigración y Delito: En el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa", In. ÁLVAREZ, Fernando Pérez. Serta in memoriam Alexandri Baratta. Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca, 2004.

PEDROSO. Vanessa Alexandra de Melo. *La Nueva Esclavitud:* El comercio de seres humanos versus el cruce ilegal de fronteras em la legislación española. 2010, 448 f. (Tese) Doutorado em Direito Penal, Departamento de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, Faculdad de Derecho, Madrid, 2010.

RATTER, Henrique. Globalização: em direção a um mundo só?. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwibl8ep2_jWAhVL6oMKHXeqDo8QFgg8MAI&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fscielo.php%3Fscript%3Dsci_arttext%26pid%3DS0103-40141995000300005&usg=AOvVaw1FBENd1HNdGfpz9JYcpr5L. Acesso em: 18 out. 2017.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência.* São Paulo: Editora Fundação Perseu. Abramo, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade.* Página electrónica: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/ boaventura4.html. Acesso em: 11 fev. 2018.

SASSEN, Saskia. *Inmigrantes em la Ciudad Global.* Disponível em: http://www.nodo50.org/tortuga/article.php3?id_article=4093. Acesso em: 19 jul. 2008.

SASSEN, Saskia. *Women's burden:* Counter-geographies of globalization and the feminization of survival. Journal of internacional affairs. Spring. 2000.

THERBORN, Goran. Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento. *Sociologias,* Porto Alegre, v. 3, nº 6, p. 122-169, jul/dez 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global.* São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. cap. 1.

VISO, Montserrat Pérez. *Marco normativo de la inmigración en el Estado español,* In. CANLE, Inés C. Iglesias (Dir.). Inmigración y Derecho. Tirant lo Blanch n. 432. Valencia, 2006.

WALZER, Michael. *Tratado sobre la tolerância.* Paidós Iberica. Barcelona, 1998.

RECEBIDO EM: 12/08/2018
APROVADO EM: 12/11/2018

# JORNALISMO E DIREITOS HUMANOS: O AGENDAMENTO DO TEMA ESTUPRO NO PORTAL CAMPO GRANDE NEWS (MS)

## *JOURNALISM AND HUMAN RIGHTS: THE SCHEDULING OF THE RAPE THEME IN CAMPO GRANDE NEWS (MS)*

**Katarini Giroldo Miguel**[1]

**Lynara Ojeda Souza**[2]

**RESUMO**: O presente artigo discute o papel dos meios de comunicação na abordagem dos Direitos Humanos, especificamente na cobertura do tema estupro, e a influência da mobilização social nesse processo, sinalizando para as possíveis alterações que ocorrem no agendamento dos temas quando no ciberespaço. Em um segundo momento, analisamos como o portal de notícias sul-mato-grossense Campo Grande News agendou o tema violência sexual de gênero, a partir da repercussão nacional do caso de estupro coletivo de uma jovem no Rio de Janeiro em maio de 2016. Levantamos as matérias veiculadas nos 15 dias antes e depois do caso, para entender a composição da pauta e indicar características e fluxos de agendamentos. Os resultados apontam para recorrência do assunto, forte influência das redes sociais digitais tanto na pauta quanto na abordagem; negligência de dados informativos que possam contextualizar a problemática e evidenciar sua gravidade no Estado: Mato Grosso do Sul ocupa o segundo lugar na lista de estados brasileiros com maior número de denúncias de estupro (SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2015).

**PALAVRAS-CHAVE:** Agendamento. Jornalismo. Estupro. Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This article investigates the role of the media in the approach to Human Rights, and the influence in society and social mobilization in this process, signaling to the possible changes that occur in the scheduling of themes when in cyberspace. In a second moment, we analyzed how the website Campo Grande News scheduled the theme sexual violence of gender, from the national repercussion of the case of collective rape of a young person in Rio de Janeiro in May of 2016. We selected the material published in the 15 days before and after the case, from May 10 to June

1 Jornalista, doutora em Comunicação Social pela Universidade Metodista de S.Paulo. Docente no curso de Jornalismo e no Programa de Mestrado em Comunicação da UFMS. katarini.miguel@ufms.br

2 Jornalista, mestre em Comunicação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. lynaraojeda@gmail.com

10, 2016, to understand the composition of the agenda and indicate characteristics and scheduling flows. The results shows the recurrence of the subject, influence of digital social networks in the schedule and the approach; lack of information that contextualize the problem and evidence its seriousness in the State: Mato Grosso do Sul occupies the second place in the list of Brazilian states with the highest number of reports of rape (SPECIAL SECRETARIAT OF POLICIES FOR WOMEN, 2015).

**KEYWORDS:** Agenda-Setting. Cyberjournalism. Rape. Human Rights.

## INTRODUÇÃO: JORNALISMO E DIREITOS HUMANOS

É fato que os meios de comunicação são determinantes para o desenvolvimento de uma sociedade e exercem forte influência nas pautas sociais, levando às pessoas as informações para que possam compor suas opiniões. Quando se refere a Direitos Humanos, os veículos de comunicação são considerados estratégicos e fundamentais para a fiscalização, promoção e divulgação desses preceitos; permitem tomar conhecimento de serviços de relevância pública ou de direitos que precisam ser acessados e/ou demandados.

Assim, o trabalho jornalístico é capaz de visibilizar diferentes temáticas para ofertar possibilidades para um debate crítico e pautado nas complexidades sociais que envolvem as mudanças de paradigmas nos direitos fundamentais. Uma prática jornalística dedicada à contextualização das notícias fortalece a cidadania e auxilia a revigorar e ampliar o capital social.

Desde o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e reiteração na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, a sociedade tem se organizado de modo a tentar compreender essa concepção como um conjunto mínimo de direitos que cada ser humano possui baseado no respeito e garantia de sua dignidade. É daí que decorre a importância dos Direitos Humanos no mundo contemporâneo, bem como a incorporação do tema nos discursos e atividades por parte de diversos segmentos da sociedade: governos, instituições internacionais, movimentos sociais e mídia.

No Brasil, o marco na democratização foi a Constituição Federal de 1988, "colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo" (PIOVESAN, 2007, p. 25), e que garantiu, em seu ordenamento jurídico, os direitos fundamentais estabelecidos pelos documentos internacionais dos quais o país é signatário.

A promoção e a discussão acerca dos Direitos Humanos mostram-se como um grande desafio para os jornalistas, que são atores importantes e estratégicos para a garantia de direitos e possuem função singular quando apresentam uma abordagem qualificada e problematizadora sobre o tema.

Segundo Vidigal (2002, p. 1), "a reportagem se contenta apenas com a cobertura, ou seja, com a descrição pura e simples do evento e as aspas nas bocas de algumas personagens". Os valores mercadológicos têm atropelado os valores éticos e essenciais da profissão, o que, na maior parte das vezes, transforma a notícia em espetáculo, sem conteúdos realmente relevantes e, assim, o público é reconhecido apenas com uma única característica, o de consumidor.

Nossa preocupação é como os profissionais do jornalismo compreendem os temas e os reproduzem e, com isso, se há uma apropriação ou não da complexidade e das especificidades que envolvem a abordagem de violações de direitos. Uma pesquisa realizada pela ANDI[3] ([s/d]), indica que a imprensa brasileira não aponta diretamente os Direitos Humanos como sendo os responsáveis pelos elevados índices de violência no país. Somente 0,3% dos textos pesquisados investiram nessa abordagem. Nesse contexto surge um questionamento: será que a cobertura dos jornais pode contribuir para uma percepção distorcida da questão? Conforme a pesquisa realizada pela ANDI, em 25% das reportagens analisadas, o tema Direitos Humanos está associado à segurança e à violência.

> Enquanto isto, assuntos como pobreza e educação alcançam índices dez vezes menores, conforme mencionado anteriormente. É por meio de desequilíbrios tão marcantes em suas pautas que a mídia acaba contribuindo para reforçar no imaginário popular a idéia de que Direitos Humanos são de interesse apenas para quem está envolvido em atos delituosos (ANDI, [s.d], p. 6).

As notícias são resultado de um processo negociado, no qual os jornalistas não são simplesmente observadores passivos, mas participantes ativos na projeção da realidade. Para Sodré (2009, p. 26), "jornalismo não é reflexo, mas construção social de uma realidade específica. Da cultura profissional dos jornalistas, da organização geral do trabalho e dos processos produtivos". Contudo, reconhecemos que abordar temas relacionados aos Direitos Humanos pode ser um desafio, uma vez que exige entendimento sobre os marcos legislativos e conceituais adotados pelo Estado brasileiro. Além disso, as próprias rotinas de produção comprometem a consistência das pautas.

Este artigo tem como propósito justamente levantar discussões acerca do papel desempenhado pelos meios de comunicação na cobertura de um tema do âmbito dos Direitos Humanos, especificamente na temática da violência contra a mulher. Para isso, recorremos à hipótese da *agenda-setting*/teoria do agendamento com a proposta de problematizar a produção da notícia - na cobertura de um dos crimes mais urgentes na atualidade quando se trata de violação de direitos, que é o estupro -, seu potencial de influenciar e ser influenciado por diferentes fluxos informativos do ciberespaço.

O agendamento parte do pressuposto que a mídia é capaz de pautar a sociedade. Avaliando desta forma, os meios de comunicação teriam uma participação direta sobre as opiniões das pessoas, e, essencialmente, a *agenda-setting* procura identificar se os temas que são expostos na grande mídia se tornam importantes para o público, assim como se são pauta das preocupações cotidianas. Mas o fluxo contrário também é possível, e a sociedade exerce influência nas pautas midiáticas. O ciberespaço e as possibilidades de difundir e democratizar a informação facilitam o processo de muitos para muitos e a agenda pode se desconstruída. Nosso *corpus* abrange a cobertura do caso de estupro coletivo, ocorrido no Rio de Janeiro em maio de 2016, e como o fato, pautado exaustivamente por veículos convencionais nacionais e cibermeios,

3 É uma organização da sociedade civil, sem fins de lucro e apartidária, que articula ações inovadoras em mídia para o desenvolvimento. Suas estratégias estão fundamentadas na promoção e no fortalecimento de um diálogo profissional e ético entre as redações, as faculdades de comunicação e de outros campos do conhecimento, os poderes públicos e as entidades relacionadas à agenda do desenvolvimento sustentável e dos direitos humanos nos âmbitos nacional e global.

repercutiu em âmbito local. Realizamos, então, uma pesquisa exploratória, de cunho quanti-qualitativo no portal Campo Grande News, verificando ao longo de 30 dias a quantidade de notícias publicadas e suas abordagens, na tentativa de sinalizar de que maneira o debate público vem se constituindo a esse respeito, uma vez que a mídia atua nessa mediação, e se o próprio portal informativo (aqui colocado como ciberjornal) foi agendado por outros veículos ou redes sociais digitais.

Para a análise, elaboramos uma tabela com informações sobre a data, gênero jornalístico, título, contextualização local, origem da produção e princípios éticos normativos, que permitiu inferências importantes. No total, identificamos nove textos, publicados predominantemente nos dois dias após o crime, no ímpeto do acontecimento, o que acusa uma cobertura episódica, e agendada pelas redes sociais, como averiguamos já pelos títulos e fontes de informação, configurando agendamento e contra-agendamento. Além disso, os textos têm uma característica bastante opinativa, condenam o crime, problematizam a cultura do estupro, mas não referenciam a legislação vigente.

## 1 AGENDAMENTO: HIPÓTESES E TRANSFORMAÇÕES EM UMA COBERTURA ANUNCIADA

Dentro dos estudos sobre os efeitos dos meios de comunicação na sociedade, está a hipótese da *Agenda-Setting* nos anos 1970, a partir de pesquisas realizadas por Maxwell McCombs e Donald Shaw com o objetivo de analisar a influência da mídia na decisão dos eleitores durante a campanha presidencial dos Estados Unidos, em 1968. Por meio desses estudos, dimensionou-se a capacidade do jornalismo exercer influência na opinião pública. Como Barros Filho define (2001, p. 169), "é a hipótese segundo a qual a mídia, pela seleção, disposição e incidência de suas notícias, vem determinar os temas sobre os quais o público falará e discutirá".

Embora a *agenda-setting* tenha sido sistematizada por McCombs e Shaw outros pesquisadores estudaram a atenção que o público dirigia para os temas propostos pela imprensa. Em 1922, Walter Lippmann, em Opinião Pública, dedicou-se a investigar o papel da imprensa no enquadramento da atenção dos leitores em direção a temas por ela impostos como "de interesse coletivo". Lippmann (2010) fez menção ao modo como as pessoas chegam a conhecer o mundo exterior e sua própria existência, como formam as imagens em suas mentes. Os meios de difusão modelam essas imagens ao selecionar e organizar símbolos de um mundo real.

Para Barros Filho (2001) foi em um artigo escrito por Norton Long em 1958 que a hipótese do agendamento temático foi claramente emitida: "o jornal é o primeiro motor da fixação da agenda territorial. Ele tem grande participação na definição do que as pessoas conversarão, o que as pessoas pensarão que são os fatos e como se deve lidar com os problemas" (LONG, 1958 apud BARROS FILHO, 2001, p. 175).

O conceito mais sucinto que antecedeu o primeiro estudo empírico do *agenda-setting* foi construído por Cohen, em 1963, "embora a imprensa, na maior parte das vezes, possa não ser bem sucedida ao indicar às pessoas como pensar, é espantosamente eficaz ao dizer aos seus leitores sobre o que pensar" (MCCOMBS; SHAW, 1972 apud TRAQUINA, 2000, p. 49).

Já Traquina (2000) pondera que a problemática do efeito do agendamento seja diferente de acordo com a natureza da questão e dos meios. A influência da agenda pública sobre a agenda da mídia é um processo gradual através do qual, em longo prazo, criam-se critérios de noticiabilidade[4] enquanto a influência da agenda da mídia sobre a agenda pública é direta e imediata, principalmente quando envolve questões que o público não tem uma experiência direta. Isso porque, além do acesso aos meios de comunicação e às conversas interpessoais, as pessoas precisam de diretrizes para entendimento de certos temas.

> Uma junção de duas variáveis: alto interesse e um alto nível de incerteza. Assim, o efeito de agendamento ocorre com pessoas que têm uma grande necessidade de obter informação sobre um assunto; devido a esta 'necessidade de orientação', estas pessoas expõem-se mais aos *media* noticiosos, provocando maiores efeitos de agendamento (MCCOMBS; WEAVER; SPELLMAN, 1975 apud TRAQUINA, 2000, p. 33-34).

Traquina (2000) destaca a perspectiva de Mccombs; Weaver; Spellman sobre o impacto da função do agendamento depender do repertório da recepção: os meios de comunicação social podem mais do que reforçar opiniões existentes, chegam a direcionar a atenção para questões e tópicos específicos.

Os estudos sinalizavam, portanto, para o papel da imprensa enquanto "estruturadora" de percepções e cognições a respeito dos acontecimentos da realidade social, função que ainda exerce nos dias de hoje e foi potencializada pelas TICs (Tecnologias da Informação e Comunicação).

Principalmente com o advento da internet, surgem também novas formas de agendamento e valores-notícia para o jornalismo, e o escopo do ciberjornalismo. Para Padilha (2012), no tal ciberjornalismo existe um crescimento dos espaços, e assim tudo parece ser noticiável. Tal característica faz com que as estratégias de agendamento mudem, uma vez que:

> O conteúdo noticioso publicado na internet tem dinâmica muito peculiar. Dinâmica que, historicamente, colocou em xeque alguns preceitos de publicação da notícia, como os relacionados à atualização, ao direcionamento da leitura, ao arquivamento e à pesquisa (PADILHA, 2012, p. 207).

Para cidadãos e jornalistas, a avalanche de informações e o acesso a diversas formas de produzir e difundir notícias provocam diferentes impactos e a própria desconstrução da lógica da *agenda-setting*. Sites de redes sociais, ferramentas de participação, produção colaborativa de informações disponibilizadas pela Internet dão voz a diferentes grupos, que ganham protagonismo e indicam a constituição de novos fluxos de agendamento, que buscamos problematizar no presente trabalho.

A discussão que os movimentos sociais, por exemplo, fazem acerca da influência dos meios de comunicação na pauta pública pode ser ancorada na hipótese do agendamento.

4 Para Gislene Silva (2005, p. 96) os critérios de noticiabilidade podem ser definidos como "todo e qualquer fator potencialmente capaz de agir no processo de produção da notícia, desde características do fato, julgamentos pessoais do jornalista, cultura profissional da categoria, condições favorecedoras ou limitantes da empresa de mídia, qualidade do material [...], relação com as fontes e com o público, fatores éticos e ainda circunstâncias históricas, políticas, econômicas e sociais".

Há o reconhecimento, por parte deles, da capacidade dos meios de comunicação de intervir em assuntos de interesse dos diferentes grupos sociais e das esferas do poder.

> O jornalismo, dessa maneira, teria um significativo impacto nos processos políticos de deliberação e decisão, ajudando a definir quais questões são reconhecidas como problemas sociais, quem são os responsáveis por eles e o que deveria ser feito para solucioná-los (ANDI, 2006, p. 15-16).

A influência ditada pela hipótese do agendamento confirma a necessidade de pautar temas nos meios de comunicação para pautar a sociedade. Observamos, então, que movimentos e instituições que atuam na proteção e garantia dos Direitos Humanos, atualmente, reconhecendo a ainda centralidade e poder da mídia, exercem um papel estratégico no agendamento de temas ligados à cidadania, seguindo uma dinâmica que denominamos de contra-agendamento. Explicamos.

De acordo com Mora (2008, p.26), esse agendamento da sociedade para mídia não seria excludente ao movimento tradicional proposto pela teoria do agenda-setting, e sim complementar.

> Para trabalhar a hipótese de que o agendamento de contra-fluxo é possível e de que esse contra-agendamento atua de forma complementar ao fluxo da mídia para a sociedade, vindo a ser denominado, portanto, de co-agendamento, operam-se três conceitos [...]: mediação, agendamento e advocacy.

Assim, a sociedade, organizada ou não, se mobiliza de modo a sensibilizar e pautar os meios de comunicação sobre assuntos que consideram de relevância social, a fim de fomentar a produção da notícia de utilidade pública e estabelecer uma parceria com os profissionais da imprensa. Silva (2010) apud Lago e Benetti (2010, p. 85) afirma que, "pode-se, então, afirmar que o contra-agendamento de um tema pode ser parte de uma mobilização social; parte de um plano de enfrentamento de um problema, corporativo ou coletivo". O mesmo autor (2010) salienta ainda que, ao analisar esse contra-agendamento, é preciso diferenciar as ações fruto de mobilizações sociais que resultam em notícias, de trabalhos elaborados por assessorias de imprensa e lobbies que pretendem emplacar seus assuntos ou produtos, pois pode resultar, muitas vezes, em dividendos privados e não coletivos.

Desse modo, observamos que, na temática da violência sexual contra a mulher, a sociedade tem se apropriado das TICs na tentativa de dar visibilidade ao problema, mas também para ancorar a imprensa e, assim, alcançar diversas frentes e ampliar o debate público. Notamos e discutimos essas influências a partir da produção noticiosa no ciberespaço propriamente, com base em uma cobertura específica de um portal de Mato Grosso do Sul, nos atentando, nesse primeiro momento e na limitação de um artigo, para a quantidade, qualidade dos textos e indícios do contra-agendamento.

## 2 O MAPA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA NOTICIABILIDADE EM MS

Dados do Mapa da Violência de 2015, levantados pelo Ministério da Saúde entre 1980 e 2013, indicam que o país contabilizou 106.093 assassinatos de mulheres, o que o deixa em 5º lugar entre 83 países pesquisados. Os assassinatos atingem 66,7% mais

meninas e mulheres negras do que brancas. Campo Grande (MS) apresenta o maior número de denúncias de violência contra as mulheres no Brasil. Segundo dados da Central de Atendimento à Mulher, levantados pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SEPM), em 2015, Campo Grande foi a capital brasileira com a maior taxa de relatos de violência. De 227,53 relatos por cada 100 mil mulheres, seguida por Rio de Janeiro, de 119,09, e Natal, de 113,43. A maioria dos relatos recebidos pela Central de Atendimento é de violência física, com 50,15% dos casos, e violência psicológica, 30,33%.

Uma das categorias de violência com números mais expressivos quando falamos de mulheres é o estupro. Em 2016, 49 mil pessoas foram vítimas de violência sexual no Brasil. Ou seja, a cada 11 minutos, uma mulher foi violentada no país. Os índices, que são do 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017), consideram somente os casos que foram registrados em boletins de ocorrência. Contudo, segundo a publicação, apenas 10% das vítimas desse tipo de crime costumam prestar queixas à polícia, de acordo com estimativa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). De acordo ainda com o relatório, Mato Grosso do Sul liderou o ranking dos estados brasileiros com a maior taxa percentual, totalizando 54,4 estupros para cada 100 mil habitantes. Em 2016, foram registrados no Estado 1.458 crimes de estupros. O Estado do Amapá ocupou o segundo lugar, registrando 385 casos totalizando uma taxa de 49,2 por 100 mil habitantes. Já o Estado do Espírito Santo ocupou a última posição com 188 casos de estupros registrados, totalizando um percentual de 4,7 a cada 100 mil habitantes.

Em 25 de maio de 2016, após uma série de denúncias contra um vídeo, que circulava nas redes sociais com imagens de um estupro coletivo de uma jovem, no Rio de Janeiro, cometido por cerca de 30 homens, os jornais de âmbito nacional divulgaram as primeiras informações sobre o caso (identificamos a primeira publicação no portal G1 no próprio dia 25[5]). Grupos independentes e organizados se manifestaram prontamente iniciando uma mobilização que ganhou protagonismo nas redes sociais e repercussão direta nos meios de comunicação, exigindo ir além da notícia. A *hashtags* (frases e palavras-chave destacadas que etiquetam o assunto e facilitam a busca na Internet) #estupronaoéculpadavitima #eulutocontraofimdaculturadoestupro #estupronuncamais ganharam projeção internacional; debates e mobilizações contra a cultura do estupro foram organizados por todo o país. Com o intuito de entender a reverberação local do caso, a partir do agendamento do ciberjornalismo e do tratamento dado à temática, vinculada aos Direitos Humanos, recorremos a uma avaliação exploratória do portal Campo Grande News, que apresentamos na sequência.

O Campo Grande News[6], fundado em março de 1999 e que atualmente é o ciberjonal mais acessado do Mato Grosso do Sul, com média de dois milhões de visitas mensais[7], publicou pela primeira vez sobre o crime no dia 26 de maio. Analisamos as publicações sobre violência sexual num período que compreende 15 dias antes do caso aparecer nos jornais de circulação nacional e 15 dias depois, portanto, de 10 de maio a 10 de junho de 2016.

5 Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/policia-do-rio-apura-suposto-estupro-coletivo-e-identifica-autores-de-posts.html. Acesso em 09 nov.2018

6 Disponível em: www.campograndenews.com.br. Acesso em 10 jun.2018

7 Dados do site https://www.similarweb.com. Acesso em 08 jun.2018.

Para coletar as publicações, utilizamos a ferramenta de busca oferecida pelo portal Campo Grande News; limitadas entre as datas propostas, com a utilização das palavras-chaves: estupro, estupro coletivo, violência sexual contra mulher. Foram contabilizadas, no período, nove publicações entre notas, notícias, reportagens, artigos e crônicas[8]; sendo a primeira no dia 26 de maio, quatro delas no dia 27, duas em 28 de maio e as outras duas respectivamente nos dias 30 e 31 de maio. Sete textos eram de produção local (sendo duas notícias, três opinativos, uma nota e uma caracterizada como reportagem, mas que problematizamos mais a frente) e duas reproduções da Agência Brasil.

Para verificarmos a dinâmica do agendamento do tema no jornal, no quesito quantidade e conteúdo, elaboramos a 'Tabela 1. Levantamento dos Textos do Campo Grande News', elencando data de publicação, gênero/formato jornalístico, título, relação do texto com o contexto local, origem da produção e princípios éticos e normativos relativos aos direitos humanos, considerando as legislações vigentes de violência contra a mulher, o crime de estupro e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), uma vez que a vítima envolvida no caso era uma adolescente.

**Tabela.** Levantamento dos textos do Campo Grande News

| Data | Gênero/formato | Título | Produção | Contexto local | Princípios éticos e normativos |
|---|---|---|---|---|---|
| 26/05 | Reportagem/ Interpretativo | Em crimes que envolvem estupro, precisamos expor o problema e não a vítima | CG News | Sim | Uso adequado de terminologias; contextualização conceitual sobre relações de gênero e poder, machismo e cultura do estupro; usa fontes locais para falar sobre a mobilização no Estado. |
| 27/05 | Artigo/ Opinativo | Contra a cultura do estupro e o medo diário, desejamos homens melhores | CG News | Não | Uso adequado de terminologias; contextualização conceitual sobre relações de gênero e poder, machismo e cultura do estupro, aproxima a vítima de outras mulheres. |
| 27/05 | Noticia/ Informativo | OAB classifica como "inaceitável" e divulga nota em repúdio a estupro coletivo | CG News | Não | Uso adequado de terminologias; contextualização conceitual sobre relações de gênero e poder, machismo; cita políticas públicas para promoção dos Direitos Humanos e enfrentamento à violência sexual. |
| 27/05 | Notícia/ Informativo | Temer anuncia departamento na PF para combater crimes contra mulher | Agência Brasil | Não | Uso adequado de terminologias; relação com outros casos de estupro; abordagem da responsabilização feita pela justiça; uso de comunicado da ONU Mulher para falar do caso na perspectiva da proteção aos Direitos Humanos. |

8 Adotamos aqui o entendimento de Melo (1994) que coloca a nota, notícia e reportagem como formatos do gênero informativo (factual), e a caracterização depende da extensão do texto e do seu nível de profundidade; sendo a reportagem a mais complexa e que pode ser alocada também no âmbito interpretativo. Já artigo e crônica são do gênero opinativo, trazem exposição direta das ideias de um autor, que não necessariamente precisa ser um jornalista.

| Data | Gênero/formato | Título | Produção | Contexto local | Princípios éticos e normativos |
|---|---|---|---|---|---|
| 27/05 | Notícia/ Informativo | Líder feminina no Congresso, Simone se diz chocada com estupro coletivo no RJ | CG News | Não | Uso adequado de terminologias e citação de Projeto de Lei sobre o tema |
| 28/05 | Nota/ Informativo | Nada revoltou mais que o estupro coletivo e o machismo nesta semana | CG News | Não | Não houve referência. |
| 28/05 | Artigo/ Opinativo | Uma história natural do estupro | CG News | Não | Uso adequado de terminologias; contextualização conceitual sobre relações de gênero e poder, machismo e cultura do estupro. |
| 30/05 | Crônica/ Opinativo | No tribunal das redes sociais, estupro pela ótica de quem foi vítima aos 15 e 25 | CG News | Não | Não houve referência. |
| 31/05 | Noticia/ Informativo | Governo anuncia criação de núcleo de combate à violência contra mulher | Agência Brasil | Não | Uso adequado de terminologias; contextualização conceitual sobre relações de gênero e poder, machismo; fala de políticas públicas para promoção dos Direitos Humanos e enfrentamento à violência sexual; apresenta dados de violência contra mulher. |

Em linhas gerais, os dados levantados na tabela mostram preocupação com o crime; foram utilizadas terminologias adequadas de modo a preservar a vítima, evitando e condenando a culpabilização. Foram feitas contextualizações conceituais sobre relações de gênero e poder, machismo e cultura do estupro. Mas apenas uma publicação tentou fazer uma aproximação com a realidade local, utilizando como fontes mulheres campo-grandenses que falaram sobre seus medos e angústias. Ainda assim, bem como nas outras publicações disponibilizadas no portal, não foi feita nenhuma abordagem acerca dos dados de violência sexual cometida contra mulheres em Campo Grande, nem dos serviços disponíveis para atendimento de vítimas, mesmo diante do fato da capital sul-mato-grossense ter sido a primeira cidade brasileira a receber a Casa da Mulher Brasileira[9], em função dos altos índices de violência de gênero.

Em nenhuma das publicações houve menção aos aspectos de violação, a partir do que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente. Não foram feitas referências ao artigo 15, que garante a prioridade absoluta da adolescente no respeito à liberdade e dignidade, nem do artigo 18, que especifica que o direito ao respeito consiste na

9 A Casa da Mulher Brasileira integra no mesmo espaço serviços especializados para os mais diversos tipos de violência contra as mulheres, facilitando o acesso aos serviços especializados para garantir condições de enfrentamento da violência.

inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem e da identidade da adolescente.

Observamos que, embora as publicações tenham contextualizado e provocado certa reflexão sobre a cultura do estupro, as notícias próprias do site foram pontuais não desenvolveram aspectos normativos importantes para a ampla compreensão do problema e qualificação do debate público.

## CONSIDERAÇÕES POSSÍVEIS

Constatamos pela avaliação exploratória realizada no período de 30 dias que o tema estupro/violência contra a mulher ganhou notoriedade, impulsionado pelo caso de estupro coletivo no Rio de Janeiro que pautou as redes sociais e consequentemente os veículos de comunicação, estabelecendo outra lógica de agendamento que advém da mobilização da sociedade e dos espaços virtuais que proporcionam a difusão da informação. Isso fica claro pela maneira episódica que o tema estupro é tratado no ciberjornal. As publicações se concentram especificamente após a divulgação do caso, sendo mais da metade delas (5) nos dois dias seguintes. Antes e depois do período de análise o tema esteve restrito a casos isolados de violação de direitos, e enquadrado como plantão policial.

A centralidade das redes sociais no agendamento (e dos grupos que ali se mobilizaram) foi comprovada também pelas próprias pautas que citam e fazem constante referência, especialmente, à rede social *Facebook*, explicitadas títulos: "No tribunal das redes sociais, estupro pela ótica de quem foi vítima aos 15 e 25", e a nota "Nada revoltou mais que estupro coletivo..." foi anunciada na *fanpage* como "assuntos que mais bombaram nas redes sociais nesta semana". A primeira publicação sobre o caso, que denominamos como reportagem, "Em crimes que envolvem estupro, precisamos expor o problema e não a vítima", segue um roteiro que foge as regras da informação propriamente dita; é construída em primeira pessoa e pautada por relatos de militantes no Facebook, todas da cidade de Campo Grande. As fontes são analisadas e citadas a partir das suas publicações na rede, permeada pela interpretação e opinião da repórter. Foi a publicação com maior engajamento na *fanpage* do cibejornal no período (com mais de 1750 curtidas, 374 compartilhamentos e 100 comentários). Identificamos no período justamente uma tendência de priorizar depoimentos pessoais (mais saliente nos artigos), o que sinaliza para um jornalismo mais autoral, mais impositivo, mas que peca por negligenciar a prestação de serviço.

Por um lado, o Campo Grande News deu voz às mulheres que se sentiram encorajadas a emitir sua opinião, como na reportagem acima citada, e permitiu a exposição de experiências particulares, caso do artigo "No tribunal das redes sociais, estupro pela ótica de quem foi vítima aos 15 e 25". Por outro, trouxe poucas informações propriamente sobre o caso do estupro coletivo (com exceção das reproduções da Agência Brasil), acabou por repetir as mesmas informações sobre o crime em intertítulos vagos e não conseguiu contextualizar com a situação local de violência, nem em pautas pertinentes como aquelas sobre o posicionamento de instituições e autoridades locais – "Líder feminina no Congresso, Simone se diz chocada com estupro coletivo no RJ" e "OAB classifica como 'inaceitável' e divulga nota em repúdio a estupro coletivo".

Os textos também não colocaram em discussão o fato de a vitima ser adolescente e tampouco trouxeram informações sobre a rede de atendimento à mulher existente na capital e as legislações vigentes.

Concluímos, portanto, ainda que preliminarmente e na leitura do ciberespaço, que o Campo Grande News oportunizou o acesso ao tema estupro aos seus diferentes públicos. Sobretudo, o portal foi agendado pela demanda das redes sociais não só no assunto abordado, mas na própria linguagem utilizada: ainda que questionadora, bastante autoral, efêmera e com pouco respaldo informativo.

## REFERÊNCIAS

*ANDI. Concurso Tim Lopes: um estudo de caso sobre a atuação da imprensa no enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. Brasília, 2006.*

*ANDI. Direitos Humanos na imprensa brasileira: uma radiografia. [s/d]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/educar/1congresso/008_021_congresso_veet_vivarta.pdf. Acesso em 20 de junho de 2016.*

*BARROS FILHO, Clóvis de. Ética na Comunicação - da informação ao receptor. São Paulo: Moderna, 2001.*

*BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069. Brasília: Congresso Nacional, 1990.*

*FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública. São Paulo: 2017, ano 11, 107p. Relatório. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso: 2 abr. 2018.*

*LIPPMANN, Walter. Opinião pública. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.*

*MELO, José Marques. A opinião do jornalismo brasileiro.2.ed. Petrópolis: Vozes, 1994.*
*MORA, Gabriela Goulart. O concurso Tim Lopes de Investigação Jornalística como estratégia de agendamento da violência sexual contra crianças e adolescentes na imprensa brasileira. Brasília: UnB/ Faculdade de Comunicação, 2008.*

*PADILHA, Sônia. Os valores-notícia no webjornalismo. In: Jornalismo convergente: reflexões, apropriações, experiências. LONGHI, Raquel; D' ANDRÉIA, Carlos (Orgs). Florianópolis: Insular, 2012.*

*PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.*

*SILVA, Gislene. Para pensar critérios de noticiabilidade. Revista Estudos em Jornalismo e Mídia. Universidade Federal de Santa Catarina, v. 2, n. 1, 2005.*

*SILVA, Luiz Martins da. Sociedade, esfera pública e agendamento. In Metodologia de pesquisa em jornalismo. BENETTI, Marcia; LAGO, Cláudia (Orgs.). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.*

*SODRÉ, Muniz. A narração do fato: notas para uma teoria do acontecimento. Petrópolis: Vozes, 2009.*

*TRAQUINA, Nelson. O Poder do Jornalismo: análise e textos da teoria do agendamento. Coimbra: Minerva, 2000.*

*VIDIGAL, Edson. O papel do jornalismo investigativo. 2002. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16855/Imprensa_Investigativa.pdf. Data de acesso: 13 abril de 2016.*

RECEBIDO EM: 18/07/2018
APROVADO EM: 10/11/2018

# RESENHA

# BITTAR, EDUARDO CARLOS BIANCA. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO: HUMANISMO, DEMOCRACIA E JUSTIÇA. SÃO PAULO: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2018.

**Pedro Pulzatto Peruzzo**[1]

O objetivo de uma resenha crítica, mais do que apresentar os temas de uma obra, é destacar pontos distintivos e relevantes de uma produção intelectual para que a comunidade científica tome conhecimento do teor das reflexões nela contidas. Considerando a perspectiva crítica de uma resenha, alinhada ao objetivo da Revista VIDERE, também não podemos perder de vista a importância de apresentar o autor e de contextualizar permanentemente a obra em resenha com outras produções científicas e da corrente teórica a que ele se filia.

Eduardo Carlos Bianca Bittar é professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP, com trajetória docente consolidada na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito. Bittar tem longa experiência acadêmica na área de Filosofia e Teoria do Direito, tendo defendido tese de doutorado (1999) com o título *Semiótica do Discurso Jurídico* e tese de livre docência (2003) intitulada *A crise do direito na pós-modernidade: balanço jusfilosófico da experiência brasileira contemporânea*, sendo um dos principais estudiosos da teoria crítica da Escola de Frankfurt no Brasil, em especial da obra de Jürgen Habermas, com dezenas de obras e artigos científicos publicados.

O autor, na obra *Introdução ao Estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*, ao desenvolver os fundamentos da *Teoria do Humanismo Realista* em diálogo permanente com a situação concreta do Direito no Brasil, oferece à comunidade acadêmica e aos profissionais do sistema justiça um conjunto de reflexões críticas sobre a realidade brasileira a partir de uma ótica humanista, desenvolvidas com a costumeira precisão, clareza e honestidade intelectual do autor, fato que coloca a obra em posição de destaque na literatura sobre Introdução ao Estudo do Direito.

A obra é distribuída em 24 capítulos, cada um com um caso prático ao final. Os casos práticos, ao abordarem questões de minorias e justiça de transição (novidade em relação às obras sobre Introdução ao Estudo do Direito), fortalecem não apenas a compreensão dos assuntos expostos, mas exigem que o estudante se implique e se deixe afetar[2] pelos problemas concretos.

---

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

2 Deixar-se afetar é uma experiência possível apenas com o trabalho que considera elementos concretos. No limite, trata-se do trabalho de campo, pouco comum e pouco estimulado na formação dos profissionais

Vale registrar, ainda, que por toda a obra o autor se refere às minorias e a grupos normalmente invisibilizados na literatura jurídica, como é o caso das pessoas com deficiência, da comunidade LGBT, dos migrantes, idosos, mulheres, negros, indígenas e população em situação de rua. Enfim, a obra realmente faz eco à diversidade humana e, em especial, à diversidade brasileira para além das abstrações constantes nos exemplos tradicionais referenciados em sujeitos abstratos como os conhecidos *Caio, Ticio* e *Mévio*.

A distribuição dos assuntos desenvolvidos em cada capítulo evidencia a preocupação do autor em trabalhar o conceito de Direito partindo não da definição de norma, mas da definição de pessoa e de dignidade humana. Do mesmo modo, o tema da justiça aparece no capítulo conclusivo da obra, também evidenciando a clareza do autor ao anunciar que a justiça só pode ser realizada como resultado de uma compreensão que privilegie o ser humano e sua dignidade.

O autor deixa claro que o Direito figura como um dos caminhos centrais para a realização da justiça e que se existe algo que pode ser colocado em questão não é o potencial emancipatório do Direito, mas o risco do seu uso em confusão com a defesa do *status quo* mantendo e justificando injustiças e desigualdades sociais. Nesse sentido, para o Direito o autor propõe a (...) *restauração de seu sentido emancipatório* (p. 572).

Nos 12 primeiros capítulos da obra, Bittar aborda a Teoria do Humanismo Realista, o conceito de Direito, o conceito de dignidade humana, de pessoa e sujeitos de direito, relações humanas e relações jurídicas, história do Direito, cultura, fontes, Estado democrático e social, Constituição, democracia e participação social.

Antes de tratar especificamente da Teoria do Humanismo Realista, ponto central da obra, pensamos ser importante registrar o fato de o autor ter dedicado um capítulo inteiro para o estudo do Direito na história brasileira e outro capítulo para o estudo do Direito e a cultura brasileira. Além de corresponder a uma proposta teórica que se pretende realista, o fato de dedicar capítulos específicos para tratar da história e da cultura brasileira faz da obra uma referência de destaque em Introdução ao Estudo do Direito.

Para nós que estudamos o Direito na realidade e a apropriação que as minorias e grupos culturalmente diferenciados fazem dele como instrumento de luta por dignidade, uma teoria sobre o Direito que busca se materializar no mundo da vida, e não apenas no espaço fictício de normas abstratas, assume um potencial pedagógico emancipatório real na medida em que fornece aos profissionais do sistema de justiça em formação subsídios teóricos e práticos indispensáveis para que possam tomar consciência da

do sistema de justiça. Deixar-se afetar não significa se tornar o outro, mas amplia as possibilidades de entender o outro. No entanto, se deixar afetar não se resume a perceber características do outro, mas principalmente entrar em contato com limitações pessoais de quem se deixa afetar, pois não se trata de simples técnica ou método, mas de um processo epistemológico. Sobre a experiência e os benefícios de se deixar afetar com o trabalho de campo, Bárbara Baptista e Roberto Kant de Lima (2014) dizem o seguinte: Entretanto, é preciso de início esclarecer que a pesquisa empírica é um desafio significativo para o campo do Direito, seja porque os seus operadores não estão socializados com essa metodologia, seja porque estão acostumados a pensar o Direito a partir de ideais abstrato-normativos (dever-ser) que costumam obscurecer a visão do campo para práticas e rituais que os contrariam, que se tornam objeto de estigma e, no limite, de denúncia, acusação e criminalização, não de pesquisa. Além do fato de que, socializados na lógica do contraditório, da disputatio, seja no processo, seja na produção da dogmática, os juristas são muito pouco afeitos à lógica da argumentação, voltada para consensualizações provisórias e sucessivas.

responsabilidade que lhes cabe em relação à justiça, deixada nas margens pelas teorias tradicionais do Direito.

> Uma *Introdução ao estudo do Direito,* enquanto prepara para o conhecimento do Direito Brasileiro, não pode prescindir de tratar de questões mais especificamente atinentes à história brasileira e, em específico, atinentes à história do direito brasileiro. Sob pena de se construir um conhecimento eurocêntrico, deve-se ter presente a importância de pensar etapas, as fases, os desafios e as características que são inerentes à particularidade *desta história*, na medida em que estes elementos, uma vez ausentes do conhecimento e da formação jurídicas, impedirão uma compreensão *situada, crítica* e presentemente capaz de *reagir aos específicos desafios da realidade brasileira.* (p. 205)

A preocupação com a realidade brasileira transversaliza a obra e se concretiza na Teoria do Humanismo Realista. É nessa toada que o autor reconhece e afirma que a formação do jurista deve se dar com base numa reflexão crítica e humanista das coisas do mundo e das coisas que circundam o universo do Direito. Nesse sentido, o autor também afirma que a Teoria do Direito serve como um aparato metodológico para a mediação entre (...) *o que se faz no campo da Ciência do Direito e propriamente o que se faz no campo da prática do Direito* (p.45).

O autor apresenta a todo momento a preocupação em dialogar com as questões sobre democracia e participação social, apoiando a Teoria do Humanismo Realista sobre a democracia deliberativa e afirmando que para alcançar novos patamares civilizatórios com os instrumentos do direito moderno é necessário a renovação dos horizontes e dos instrumentos da democracia moderna. *Por isso, a* democracia deliberativa *somente pode afirmar que a política é o lugar da promoção do interesse de todos, mediado pelo papel que as instituições têm a desempenhar, ao lado do controle social popular* plural, inclusivo, argumentativo e participativo (p. 54).

Ponto importante da Teoria do Humanismo Realista é que ela (...) *não se oferece à crítica do lugar do Direito, mas subsidia o Direito a ser mais* crítico *e revisor de suas próprias práticas, exercendo antes de tudo a autocinsciência epistemológica* (p.43). 'Humanista' na medida em que se volta aos desvios históricos da modernidade e às patologias sociais que obscureceram o ser humano no espaço da razão e 'realista' na medida em que se concentra nas condições reais de justiça, a teoria desenvolvida pelo autor subsidia o conhecimento complexo exigido do jurista diante da necessidade de cercar a positividade, enquanto traço da universalidade do Direito, (...) *com o que é da esfera antropológica, sociológica, política, social, econômica e cultural, em seus traços, características, desafios e arranjos* locais – *enquanto traço de sua* contextualidade (p.46).

Trata-se de uma teoria que apresenta a possibilidade de realização de um olhar realista sobre o Direito e que procura promover o esclarecimento (*Aufklarüng*) pelo cultivo do humanismo social, democrático e republicano, tomando a justiça como (...) *força axiológica centrípeta da cultura do Direito* (p.44). Tarefa árdua, porém fundamental, considerando as mudanças que impactaram o Direito nos últimos tempos.

O surgimento dos "novos" direitos, a ampliação do rol das fontes do Direito e o diálogo com as agendas de governança global, a ampliação dos sujeitos de Direito (em especial no Direito Internacional dos Direitos Humanos), as novas formas de participação democrática com os incrementos tecnológicos das últimas décadas, a consolidação

do Direito sumular, a expansão do ensino jurídico e tantas outras novidades que não foram consideradas na elaboração das teorias tradicionais são agora incorporadas na obra do professor Eduardo Bittar.

Outro ponto da obra que merece destaque é o capítulo que trata das fontes do Direito. Como esclarecido, Bittar propõe uma compreensão das fontes a partir da Teoria Crítica. Enquanto a Teoria Tradicional distingue as fontes em materiais (religião, cultura, política) e formais (lei, contrato, tratado), a Teoria Crítica trata das fontes sociais (fatores do mundo da vida) e das fontes jurídicas (base para decisões técnico-jurídicas, recursos textuais do nosso sistema). O ponto distintivo de ambas reside no fato de a primeira afirmar que a ciência do Direito deve se ocupar apenas das fontes formais, enquanto a segunda teoria estabelece essa distinção apenas com o propósito de facilitar a análise sistêmica e não de evitar a implicação recíproca, que é pressuposta.

Para a Teoria Crítica, a economia, a técnica, a política e a religião compõem e interferem, pelo diálogo e pela convivência comunitária, no sentido do Direito. Essa teoria reconhece que a separação dessas esferas é mais retórica do que real e é exatamente nessa medida que faz todo sentido dedicar esforços e pesquisa para pensar e debater temas olvidados pela Teoria Tradicional, como a relação entre interculturalidade e Direito, entre religião e justiça. Somente uma compreensão crítica das fontes do Direito consegue relacionar temas que, para correntes tradicionais, ou não se comunicam ou não devem se comunicar.

Para nós que trabalhamos com os pés fixados no mundo da vida, que buscamos conciliar na vivência democrática as lutas por direitos de grupos culturalmente diferenciados, a compreensão crítica das fontes do Direito a partir da Teoria do Humanismo Realista é fundamental. Num mundo que ainda convive com fundamentalismos religiosos e genocídios, entender que o mundo da vida está reciprocamente implicado no Direito consubstanciado em textos normativos é o que nos permite ainda apostar num potencial emancipatório para o Direito.

Numa ordem constitucional que, por exemplo, se ocupa da justiça (artigos 3º, 170 e 193) e se anuncia permeável à religião (artigos 5º, VI, VII, VIII e 210, parágrafo 1º), passa a ser insustentável a noção abstrata de um "sujeito de direito" e somente uma teoria crítica, humanista e realista tem o ferramental adequado para dar conta da relação entre a positividade das normas e essas esferas culturais, políticas e sociais em permanentes arranjos e desarranjos. O sujeito de um Direito que se pretende justo nessa ordem constitucional deve, necessariamente, ser entendido e realizado não como um sujeito abstrato, mas como um sujeito real. Isso significa dizer como um sujeito de cultura, um sujeito de religião, enfim, um sujeito de carne e osso que ocupa e compartilha com outros sujeitos de carne de osso um mesmo espaço geográfico e político em permanente mutação.

Nessa linha, Bittar ainda fornece à Teoria do Direito um tópico sem precedentes em obras da mesma dimensão a respeito dos costumes comunitários como fontes do Direito, acolhendo e sistematizando demandas históricas de grupos massacrados por uma concepção eurocêntrica de juridicidade imposta em sociedades pluriculturais, como a brasileira. Lembrando que o artigo 216 da Constituição, em seu inciso II, diz que os modos de criar, fazer e viver são patrimônio cultural brasileiro, a seguinte passagem da obra sintetiza a contribuição de Bittar para essa discussão:

> Os costumes comunitários são práticas circunscritas, localizadas e determinadas dentro do universo de comunidades antropológicas, consideradas as especificidades de sua história, cultura, tradição, crença e símbolos. Os costumes comunitários, por isso, não têm sua validade projetada para todos, mas apenas para os membros de comunidades específicas, geralmente, comunidades tradicionais, regidas por *códigos-paralelos* aos *códigos-do-direito*, que são estudados pela *Etnologia* e pela *Antropologia.* Se não são válidos para todos, possuem, no entanto, o reconhecimento da autonomia de práticas socioculturais de costumes de povos tradicionais, tais como os povos indígenas, os povos quilombolas, os ciganos, os ribeirinhos, as comunidades de pescadores. Estas comunidades têm seu direito tradicional reconhecido por força imperativa da Constituição Federal de 1988, a exemplo do art. 231 ("São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições..."), do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto n. 7.037/2009), Diretriz 9, Objetivos I e II) e do artigo 8º, parágrafo único, do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010).

Trata-se de uma consideração imprescindível para a formação de excelência de profissionais do sistema de justiça que vão atuar num mundo globalizado. Saber que os costumes comunitários também são fontes do Direito permite que o estudante compreenda não apenas a experiência proposta em 2015 pelo Tribunal de Justiça de Roraima de um júri composto exclusivamente por indígenas em Raposa Serra do Sol[3], mas que compreenda também que num país vizinho, como é o caso da Bolívia, existe uma Constituição (2009) que reconhece uma jurisdição indígena originária[4].

A compreensão do Direito como o resultado de fontes sociais e jurídicas corresponde, ademais, à indivisibilidade dos direitos humanos. Dalmo de Abreu Dallari, explica a indivisibilidade dos direitos humanos afirmando que não existe respeito à pessoa humana e ao direito de ser pessoa se *não for respeitada, em todos os momentos, em todos os lugares e em todas as situações a integridade física, psíquica e moral da pessoa* (DALLARI, 1995, p. 13). A pessoa concreta é aquela compreendida em sua integralidade num mundo da vida também concreto.

Ou seja, qualquer tentativa de abstrair do sujeito de direito as expressões culturais,

3 <http://amazonia.org.br/2015/04/juri-indigena-em-roraima-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio/> Acesso em 29 de maio de 2018.

4 Artículo 190. I. Lasnaciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientospropios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respetaelderecho a la vida, elderecho a la defensa y demásderechos y garantíasestablecidosenla presente Constitución. Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta enun vínculo particular de las personas que sonmiembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerceenlossiguientesámbitos de vigenciapersonal material y territorial: 1. Estánsujetos a esta jurisdicciónlosmiembros de lanación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. 2. Esta jurisdicciónconocelosasuntos indígena originario campesinos de conformidad a loestablecidoen una Ley de Deslinde Jurisdiccional. 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyosefectos se producen dentro de lajurisdicción de unpueblo indígena originario campesino. Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará lasdecisiones de lajurisdicción indígena originaria campesina. II. Para elcumplimiento de lasdecisiones de lajurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar elapoyo de losórganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá lajusticia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre lajurisdicción indígena originaria campesina conlajurisdicciónordinaria y lajurisdicción agroambiental y todas lasjurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

econômicas, religiosas que lhes dão concretude e, mais que isso, que lhes fazem humano, anulam a possibilidade de pensar a justiça como um valor dentro de um ordenamento jurídico que busca organizar as relações numa sociedade plural como a nossa. Desconsiderar que o ser humano se realiza na cultura, se realiza na religião, se realiza na comunidade, é um exercício que tem como resultado propostas abstratas para seres abstratos. A cultura, a religião, os vínculos comunitários, são frutos de experiências individuais e coletivas da vida e não podem ser desconsiderados ou abstraídos no estudo do conjunto de normas e instituições que objetivam regulamentar o convívio social pacífico num mesmo espaço geográfico e político.

Somente partindo da pluralidade é que conseguiremos compreender o verdadeiro sentido do Direito e o autor segue por toda a obra firme no propósito de não desconsiderar a dimensão plural da humanidade e do Direito. No capítulo em que desenvolve o estudo sobre o conceito de Direito, Bittar faz uma análise etimológica e simbólica, do leigo ao cientista e, ainda, do local ao universal. Ao mesmo tempo em que registra a concepção de Direito como um saber local (em diálogo com o pensamento de Clifford Geertz), o autor chama a atenção para a universalidade do seu objeto de estudo.

Numa proposta humanista, social, democrática e republicana que aposta no diálogo como via de entendimento[5], considerar a universalidade (não uniforme) do Direito superando os determinismos das definições do Direito como sendo apenas produto de um Estado burguês, significa caminhar, de fato, no sentido de uma proposta cosmopolita que, na linha do que propôs Joaquin Herrera Flores, considera o universal não como um ponto de partida ou um campo de desencontros, mas como um ponto de chegada, um universalismo de chegada ou de confluência (FLORES, 2002).

Na segunda metade da obra, nos 12 capítulos finais, o autor se dedica a temas típicos de uma introdução ao estudo do Direito. Instituições e serviços de justiça, norma jurídica, validade, vigência, vigor, sistema jurídico, ordem jurídica e ordenamento, antinomias, lacunas, interpretação, decisão, ponderação, raciocínio e argumentação jurídica são os temas que o autor desenvolve na segunda parte de sua obra.

Apesar de serem temas recorrentes em obras de introdução ao estudo do Direito, o que confere à obra em resenha uma marca distintiva é a atualidade e a amplitude dos referenciais teóricos e dos assuntos trabalhados pelo autor (marco civil da internet, direito animal e biocentrismo, direito sumular, precedentes vinculantes), além da já registrada transversalidade de preocupações que marcam o cenário político, cultural, social, histórico e econômico do Direito brasileiro.

5 Considerando os referenciais teóricos que orientam os trabalhos de Eduardo Bittar, vale registrar o sentido de entendimento na teoria do agir comunicativo Jürgen Habermas, assim explicado por Bittar (2013, p. 244): O cerne da teoria do agir comunicativo não é a produção necessária do consenso. Haja ou não consenso, a busca do entendimento corresponde à característica própria do pensamento habermasiano. Existe agir comunicativo mesmo que o acordo não seja produzido, mas que a comunicação tenha se dado sob condições de busca de entendimento (ação comunicativa em sentido fraco), que é uma forma de expressão do caráter interativo da ação social. Isto significa que, para Habermas, a preocupação central em torno dos meios que consintam o percurso de aproximação de produção de decisões e acordos racionais está acima de qualquer outra questão até mesmo no que tange a resultados concretos consensuais.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, E. C. B. *Democracia, justiça e emancipação:* reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: QuartierLatin, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Viver em sociedade*. São Paulo: Moderna, 1995.

FLORES, J. H.. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. *Sequência (UFSC),* v. 23, n. 44, p. 09-29, 2002.

KANT DE LIMA, R. BAPTISTA, B. G. L. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico.* Brasília, UnB, v. 39, n. 1, 9-37, 2014.

RECEBIDO EM: 30/05/2018
APROVADO EM: 10/08/2018