

Revista VIDERE

Ver, olhar, considerar

Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos - FADIR/UFGD

CAPES
QUALIS B1

V1&2 DAS

*Número divulgado pelo Ministério da Saúde até 18/07/2020.

REVISTA DO MESTRADO EM FRONTEIRAS E DIREITOS HUMANOS
ISSN: 2177-7837 | DOURADOS | V.12 | N.23 | JAN.-ABR.2020

VIDERE

v. 12, n. 23

UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

COED
Coordenador Editorial: Rodrigo Garófallo Garcia
Técnicos de Apoio: Givaldo Ramos da Silva Filho e Rafael Todescato Cavalheiro

FADIR
Diretor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais: Dr. Hermes Moreira Júnior

EDITORES
Me. Tiago Resende Botelho (UFGD)
Dr.ª Thaisa Maira Rodrigues Held (UFGD)

CONSELHO EDITORIAL
Dr. Amine Ait-Chaalal (UCLouvain), Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP), Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC), Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, (UFPE), Dr. Bruno Sena Martins (UC), Ma. Camila Soares Lippi (UNIFAP), Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite (FDV), Dr. Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR), Dr. César Augusto Baldi (TRF4), Dra. Cristina Grobério Pazó (UFSB), Dr. Daniel G. Shattuck (UNM), Dra. Daniela Serra Castilhos (UPT), Dr. Edson Fernando Dalmonte (UFBA), Dr. Edson Ferreira de Carvalho (UFV), Dr. Eugéne Tavares (UASZ), Dr. Fábio Amaro da Silveira Duval (UFPel), Dr. Francesco Rubino (UPN), Dr. Francisco Pereira Costa (UFAC), Dr. Gonçal Mayos Solsona (UB), Dr. Jose Ribas Vieira (PUC-RIO), Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo (USGP), Dra. Maria dos Remedios Fontes Silva (UFRN), Dra. Maria Goretti Dal Bosco (UFPB), Dra. Marilia Montenegro Pessoa de Mello (UFPE), Dra. Nuria Belloso Martín (UBU), Dr. Paulo Ferreira da Cunha (UP), Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA), Dr. Rafael Salatini de Almeida (UNESP), Dr. Renan Honório Quinalha (UNIFESP), Dr. Renato Duro Dias (FURG), Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF), Dr. Rodrigo Andrés Perez Lisicic (UA), Dr. Samuel Rodrigues Barbosa (USP), Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG), Dr. Saulo Tarso Rodrigues (UFMT), Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa (UFPI), Dra. Thaisa Maira Rodrigues Held (UFGD), Me. Tiago Resende Botelho (UFGD), Dra. Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso (UNICAP), Dra. Wanise Cabral Silva (UFF).

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. 12, n. 23, jan./abr. 2020

UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD
Videre, Dourados, MS, v. 12, n. 23, jan./abr. 2020

VIDERE
v. 12, n. 23, jan./abr., 2020

EDITORES

Tiago Resende Botelho
Editor-Chefe da Revista Videre e Coordenador do Curso de Direito da UFGD

Thaisa Maira Rodrigues Held
Editora da Revista Videre e Professora do Curso de Direito da UFGD

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

CAPA
Isabella Silveira - isabellasilveira@gmail.com

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 673410-2471/Fax: +55673421-9493.

SUMÁRIO

Editorial..... 1-2

Apresentação..... 3-6
Tiago Resende Botelho

ARTIGOS

Limiares do ordenamento jurídico na dicotomia entre o interno e o internacional: o controle de convencionalidade como inovação hermenêutica para a materialização dos direitos humanos na América Latina..... 7-21
Adriano Alberto Smolarek, João Irineu de Resende Miranda

Prática argumentativa internacional: breve análise da implicação de validade social em questões ambientais..... 22-35
Adriano Alberto Smolarek, João Irineu de Resende Miranda

Controle de convencionalidade e ativismo judicial: o papel do Judiciário como garantidor de direitos humanos..... 36-59
Angela Jank Calixto, Renata Alves Amorim, Luciani Coimbra de Carvalho

A integração fronteiriça e o papel dos governos subnacionais no Mercosul: o caso Codesul-Crecenea..... 60-79
Arthur Pinheiro de Azevedo Banzatto

Migrações internacionais e políticas públicas: análise da recepção aos venezuelanos à luz dos institutos do visto de residência e da acolhida humanitária..... 80-95
Arthur Ciciliati Spada, Pedro Pulzatto Peruzzo

Paradoxos do refúgio e reassentamento como solução duradoura..... 96-110
Bárbara Bruna de Oliveira Simões

Pelo prisma da responsabilidade civil a jurisprudência desvela o poder judiciário no capitalismo..... 111-132
Carlos Augusto de Oliveira Diniz, Rogério Nogueira Guimarães, Estefânia Naiara da Silva Lino

A educação, a solidariedade e a fraternidade como garantia de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho dos países do Mercosul..... 133-147
Claudio José Amaral Bahia, Manuella de Oliveira Soares

A necessidade de reforma do pacto federativo brasileiro: uma análise da PEC 188/2019 que extingue municípios..... 148-162
Daniela Arguilar Camargo, Ricardo Hermany

As relações do poder segundo Michel Foucault e Byung-Chul Han: uma proposta de articulação para a análise da complexidade do poder local em Moçambique..... 163-178
Jochua Abrão Baloi

Evolução histórica da gestão de riscos e desastres às inundações em União da Vitória, Estado do Paraná..... 179-200
Larissa Maria da Silva Ferentz, Carlos Mello Garcias

A judicialização da política afirmativa como arena do conflito etnico-racial..... 201-212
Lucas Correia de Lima, Rita de Cássia Dias Pereira Alves

Ius migrandi: o direito humano previsto, mas não reconhecido..... 213-225
Luiz Rosado Costa

A banalização do argumento jusfundamental: os direitos insaciáveis e os deveres fundamentais sob a ótica da hermenêutica crítica..... 226-239
Muriel Amaral Jacob, Arthur Pinheiro Basan

A CAPES e sua condição como agência reguladora da educação em nível de pós-graduação no Brasil..... 240-258
Nicolas Addor, Marcos Viana Costódio

Elementos que contribuíram para a consolidação do patriarcado: uma análise da obra “O contrato sexual” de Carole Pateman..... 259-270
Noli Bernardo Hahn, Tassiara da Silva Senna

Mais que vencedores: as dinâmicas socioeconômicas nas/das igrejas neopentecostais..... 271-285
Otávio Barduzzi Rodrigues da Costa

A interpretação da decisão jurídica advinda da ADPF 132 e da ADI 4.277, segundo a perspectiva de Castanheira Neves: a decisão e suas consequências jurídicas..... 286-303
Paulo Henrique Borges da Rocha, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Educação para mulheres jovens e adultas em situação de cárcere: uma perspectiva inclusiva..... 304-317
Francis Pignatti do Nascimento, Luzia Bernardes da Silva, Gustavo de Souza Preussler

RESENHAS

Resenha do livro "Reinventando os direitos humanos a partir do sul: Herrera Flores e a crítica descolonial"..... 318-325
Daniel Carneiro Leão Romaguerra

Revista
VIDERE
Ver, olhar, considerar.
CAPES
ISSN 2177-7837

Editorial

A Revista Videre é um periódico editado quadrimestralmente 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 e 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.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

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 de artistas a respeito da realidade local e nacional.

O Conselho Editorial interno é composto pelo Editor-Chefe Tiago Resende Botelho e pela Editora Thaisa Maira Rodrigues Held.

O Conselho Editorial nacional se constrói com o esforço e dedicação de Alexandre Melo Franco Bahia, 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, 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 .

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
UFGD Universidade Federal da Grande Dourados
CAPES
ISSN 2177-7837

Apresentação

O lançamento do volume 12, número 23, do ano de 2020 da Revista Videre apresenta-se em meio a uma catástrofe humanitária e sanitária sem precedentes na história da humanidade. A Covid-19, para além de retirar vidas e sonhos ao redor do mundo, comprova que o projeto de sociedade implantado pelo hipercapitalismo de acumulo e exploração fracassou. A ausência de direitos básicos, entre eles saúde, água potável e alimentação, em especial em países colonizados, se colocam como barreiras intransponíveis na luta contra a terrível pedagógica do vírus.

Além do vírus e da exploração de corpos e natureza, o mundo enfrenta o avanço do autoritarismo, cujas políticas de retirada de direitos sociais e de enfraquecimento da democracia são cada vez mais cruéis e afeta sobremaneira os vulneráveis.

Como sustenta Judith Buther “a desigualdade social e econômica assegurará que o vírus discrimine. O vírus por si só não discrimina ninguém, mas nos humanos, seguramente o faremos, modelados como estamos pelos poderes entrelaçados do nacionalismo, o racismo, a xenofobia e o capitalismo”.

No Brasil, nota técnica do Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde comprova que, mais da metade dos negros que foram internados para tratamento da síndrome respiratória aguda grave, causada pela Covid – 19, morreu.

O Conselho Editorial da Revista Videre agradece aos autores e avaliadores deste número pelo dedicado trabalho, mas buscando reafirmar o papel social e político deste periódico decidiu deixar registrado na apresentação do primeiro volume do ano de 2020 que, em regra serve para descrever os trabalhos e seus autores, alguns dos muitos nomes das vidas brasileiras ceifadas pela Covid – 19.

Até o fechamento desta edição, a Organização Mundial da Saúde contabilizou 590.650 mortes pela Covid-19 no mundo. No Brasil, são 81 mil mortes. No estado de Mato Grosso do Sul, são 191 mortes.

Tais números são mais que dados estatísticos, são vidas e sonhos ceifados abruptamente. É preciso estranhar e problematizar o cotidiano da pandemia. Como sustenta Ailton Krenak “o melão-de-são-caetano continua a crescer aqui do lado de casa. A natureza segue. O vírus não mata pássaros, ursos, nenhum outro ser, apenas humanos. Quem está em pânico são os povos humanos e seu mundo artificial, seu modo de funcionamento que entrou em crise”.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Assim, o Conselho Editorial da Revista Videre se solidariza com as famílias que, da noite para o dia, tiveram seus entes retirados de seus convívios pela Covid – 19.

Seguem para posteridade, alguns nomes[1] daquelas e daqueles que perderam a luta para a Covid-19 no triste e inenarrável ano de 2020:

Abel Augusto Teixeira, 65 anos . Abel da Cruz Neto, 61 anos. Aberal Ribeiro, 55 anos. Abigail Pinto Magalhães, 88 anos. Acacio Cardoso Duarte, 68 anos. Acassia Silva Santos, 59 anos. Adalberto Álvares Almeida, 53 anos. Adalberto Alves da Silva, 50 anos. Adélio Electo, 84 anos. Adelita Ribeiro da Silva, 37 anos. Adelmo Luís de Araújo, 52 anos. Ademar Mariano da Cunha, 80 anos. Ademar Moura de Jesus, 62 anos. Ademar Tavares, 95 anos. Ademildo Santana Passos, 56 anos. Ademir Abrantes Junior, 43 anos. Ademir Castro Pinto, 69 anos. Ademir de Oliveira Lira, 90 anos. Ademir Donizete de Paula, 56 anos. Ademir Veríssimo Lopes, 66 anos. Adenil Severino Silva, 76 anos. Adilson Lopes, 62 anos. Adilson Torquato Guimarães, 77 anos. Adipe Miguel Júnior, 69 anos. Adirce Lima Nobre, 85 anos. Admário Lucena da Silva, 69 anos. Admilson Ayres Pereira, 53 anos. Adonias Antunes Zebral, 82 anos. Adrian Priscilla, 27 anos. Adriana Ferreira Cardoso, 61 anos. Adriana Marques de Almeida Luz, 57 anos. Adriana Silva de Moraes, 44 anos. Adriano de Barros Silva, 42 anos. Adriano Sales, 48 anos. Aflodísia Pereira Gasparini, 90 anos. Agatha Lima, 25 anos. Agenor Costa Cavalcante, 61 anos. Agenor Monteiro da Silva, 78 anos. Agenor Vicente do Nascimento, 49 anos. Agostinho Hermes de Miranda Neto, 70 anos. Agostinho Rodrigues Samias, 84 anos. Aguinaldo Gomes Marinho, 62 anos. Aguinaldo Otonio de Miranda, 49 anos. Aida Malaquias de Almeida Miranda, 58 anos. Aida Rodrigues Bragança, 71 anos. Ailce Costa Belfort Silva, 50 anos. Ailton Atto de Souza, 50 anos. Badih Salim Chedraoui, 83 anos. Bárbara Ribeiro Weilard Reis, 25 anos. Bartolomeu José Araújo Martins, 64 anos. Bazilio de Paula Rodrigues, 75 anos. Beatriz Maria da Silva Mendonça, 89 anos. Beijamir Sarat Pereira, 53 anos. Benedito de Paula Silva, 75 anos. Benedito Galavote, 71 anos. Benedito Pires Barbosa, 68 anos. Benedito Ruy Simões, 61 anos. Bento Izidoro Pereira Serrão, 67 anos. Beraldina José Pedro, 75 anos. Berkson Oliveira Júnior, 38 anos. Bernadete de Souza Araújo, 100 anos. Bernardo Cardoso Júnior, 70 anos. Bianca Galvão de Oliveira, 18 anos. Bianor de Brito Reis, 85 anos. Braulino de Oliveira Gomes, 88 anos. Brazil Montalvao Marques, 64 anos. Breno de Castro, 41 anos. Carlos Henrique Neves de Azeredo, 68 anos. Carlos Laureado Rosa da Luz, 44 anos. Carlos Lopes, 85 anos. Carlos Marcos Buarque de Gusmão, 57 anos. Carlos Pereira de Almeida, 59 anos. Carlos Reis, 55 anos. Carlos Roberto Pires de Souza, 59 anos. Carlos Rodrigues dos Santos, 64 anos. Carlos Rogério de Carvalho, 38 anos. Carlos Viana, 76 anos. Carlos Viana Rodrigues, 67 anos. Carlos Vidal, 83 anos. Carmelita Louretti da Fonseca, 80 anos. Carmen do Rego Barros de Vasconcellos Dias, 83 anos. Dagmar Thomé Gonçalves, 93 anos. Daisy Lúcidi, 90 anos. Daliane Maiara Lima Sousa, 32 anos. Dalva Carrera Dias, 93 anos. Dalva Félix de Mendonça de Paula, 66 anos. Dalva Machado, 62 anos. Dalva Maria Portilho da Mata, 59 anos. Dalvadisio Carvalho de Araujo, 76 anos. Dalvio Montrezor, 59 anos. Damião Gomes da Silva, 67 anos. Damião Reinaldo de Oliveira, 73 anos. Daniel Azulay, 72 anos. Daniel da Silva Sousa, 77 anos. Daniel Fernando Lopes, 41 anos. Ederson Becker, 37 anos. Edes Batista de Carvalho, 64 anos. Edes Vieira Guimarães Filho, 56 anos. Edgar Ribeiro, 71 anos. Edgard dos Santos Pereira, 66 anos. Edgard Farah, 81 anos. Edgard Gonzales Serrano, 71 anos. Edil Marques Aguiar, 67 anos. Edilea Oliveira Neves Souza, 57 anos. Edileusa Gomes da Silva, 71 anos. Ediloy

[1] Os nomes dos brasileiros mortos pela Covid foram retirados do Memorial Inumeráveis, dedicado à história das vítima. Disponível em: https://inumeraveis.com.br acesso em 17 de julho de 2020.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Antonio Carlos Ferraro, 62 anos. Edilson Coelho de Andrade, 59 anos. Edilson José de Amorim, 52 anos. Edilson Leite Ribeiro, 53 anos. Edilucia Evaristo, 51 anos. Edinaldo José dos Santos, 63 anos. Fabiana Alcoforado Wanderley, 46 anos. Fabiana Clara, 40 anos. Fabiana de Azevedo, 40 anos. Fabiano Honório da Rosa, 38 anos. Fabiano Paes Barreto, 44 anos. Fábio da Conceição Araújo, 42 anos. Fábio Dias Menezes, 39 anos. Fabio dos Santos Pimenta, 35 anos. Fábio Janotta Dias, 57 anos. Fabrício Sobral, 29 anos. Gabriel Gondim Hermes, 74 anos. Galdino Nogueira da Silva, 55 anos. Galia Bespaloff, 80 anos. Gasparino Damião de Oliveira, 96 anos. Gastão Dias Júnior, 51 anos. Gecival Matias da Silva, 76 anos. Genário da Silva Paiva, 79 anos. Genésio Caetano de Oliveira, 95 anos. Geni de Macedo Arimura, 72 anos. Genita Costa, 78 anos. Genival de Andrade Frazão, 72 anos. Genival de Mendes Aiden, 70 anos. Genivaldo Galindo da Silva, 73 anos. Hailton de Andrade, 67 anos. Hamilton Menezes Neves, 51 anos. Haroldo Macedo Fontoura, 64 anos. Heitor Ramos de Carvalho Filho, 74 anos. Heládio Ferreira de Sousa, 91 anos. Helen Dias, 38 anos. Helena Conti Guimarães, 79 anos. Iarione de Souza Amorim da Silva, 54 anos. Iasmin de Albuquerque Cavalcante Duarte, 62 anos. Idalgo Moura do Santos, 45 anos. Idê Figueira Ferraz Rocha, 82 anos. Ideilton Bezerra dos Santos, 77 anos. Ignez Branco Baptista, 91 anos. Ignez Rossato, 94 anos. Ilaide Souza Pereira, 90 anos. Ilda Nocetti Macias, 74 anos. Ildiko Êmese Holfinger Farias, 40 anos. Iloivaldo Araújo Rodrigues Junior, 44 anos. Jack Fernandes dos Santos, 89 anos. Jackson da Silva Araújo, 36 anos. Jacob Borenstein, 84 anos. Jacqueline Hernandes, 49 anos. Jacy Muniz de Souza, 80 anos. Jacyra Pereira da Costa Goes, 83 anos. Jadiel Reis e Silva Filho, 46 anos. Jadyr Araújo, 84 anos. Jaime Chen Tsong Miin, 73 anos. Jaime Natalício da Silva, 63 anos. Jaime Sousa da Silva, 66 anos. Jaime Takeo Matsumoto, 62 anos. Kátia de Carvalho Martins, 68 anos. Kátia Maria Martins de Oliveira Carvalho, 56 anos. Kazuyoshi Wada, 69 anos. Khalil Ez Zughayar, 73 anos. Kleber Marques Paiva, 67 anos. Kleyton Batista Gomes, 35 anos. Laelia Ednaci Batista, 44 anos. Laércio Antônio de Rosa, 63 anos. Laerte Nazareno de Oliveira Quemel, 72 anos. Landir Adriano, 70 anos. Larissa Correia, 33 anos. Larissa Tarouco Mello, 22 anos. Lauane Monteiro Gentil, 40 anos. Laudeâny Aparecida de Bueno Brandão, 50 anos. Manoel Marcos Ferreira dos Santos, 55 anos. Manoel Mariano da Silva, 75 anos. Manoel Messias Freitas, 83 anos. Nair Maria de Arruda e Silva, 78 anos. Nancy de Jesus Fróes Gomes, 59 anos. Naomi Munakata, 64 anos. Napulião Aureliano Machado, 60 anos. Narcelio Wendel Marques Alves, 42 anos. Narciso Cerqueira Dias, 93 anos. Orlando Alves dos Santos, 79 anos. Orlando Costa Vilhena, 90 anos. Orlando de Oliveira Neto, 48 anos. Orlando dos Santos Miranda, 76 anos. Orlando Furtado, 83 anos. Orlando Gomes da Silva, 55 anos. Orlando Gonzalez Fernandez, 82 anos. Orlando Guedes de Matos Júnior, 34 anos. Orlando Lima da Cunha, 78 anos. Orlando Walter Zani, 96 anos. Paulo César Mansur Couri, 75 anos. Paulo Cesar Moura Ferreira, 70 anos. Paulo Cesar Neves Furtado, 66 anos. Paulo César Ribeiro da Silva, 55 anos. Paulo Cesar Vieira Cavalcante, 66 anos. Paulo Cezar de Medeiros, 55 anos. Paulo dos Santos, 58 anos. Paulo Fernandes Godinho, 55 anos. Paulo Fernando de Campos Menezes, 36 anos. Paulo Francisco Américo, 39 anos. Paulo Henrique Oliveira Lima, 40 anos. Paulo Henrique Pereira dos Santos, 55 anos. Paulo Jorge Ribeiro da Silva, 51 anos. Paulo José da Silva, 51 anos. Paulo José Gomes, 51 anos. Paulo Martins de Lima, 76 anos. Paulo Maurício Gomes Dias, 69 anos. Paulo Medeiros Lima, 47 anos. Paulo Milesi, 66 anos. Quezia Leite Batista da Silva Barros, 34 anos. Quitéria Gueiros da Luz, 65 anos. Quitéria Martins de Almeida, 62 anos. Quiteria Melo Araújo, 58 anos. Rafael Agostinho Araújo, 39 anos. Rafael Boeing Silvano, 37 anos. Rafael Capovilla Gusto, 83 anos. Rafael Carneiro de Lima, 34 anos. Rafael Gonçalves Pinheiro, 39 anos. Rafael Lucas Ferreira Alves da Silva, 34 anos. Rafael Michelson, 29 anos. Rafael Ramos, 33 anos. Rafael Rodrigues Pereira, 31 anos. Sandro Santos de Araújo, 45 anos. Sara

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Rabello Rei de Jesus, 42 anos. Sarah do Couto Cesar, 95 anos. Sarah Maciel Negreiros, 86 anos. Sarina Moia Carvalho, 74 anos. Saulo Cruz, 50 anos. Sebastiana Baltazar de Morais, 82 anos. Tarcizo Ferreira, 73 anos. Tatiane Ferreira Ferraregi, 36 anos. Temósteles Luiz Soares de Oliveira, 43 anos. Tenilda Cristina de Barros Gonçalves, 51 anos. Teresa da Conceição Araújo, 81 anos. Teresa Muller, 68 anos. Teresinha Maria Carneiro de Souza, 76 anos. Teresinha Oliveira, 49 anos. Tereza Alexandre Borges da Silva, 84 anos. Tereza da Silva Mateini, 71 anos. Tereza Regina Eleres da Silva Hounsell, 77 anos. Uelinton Jose Medeiros, 78 anos. Urbano do Amaral Silva, 68 anos. Úrsula Emília Ramos Campos, 46 anos. Ursulino da Silva, 85 anos. Vagner dos Santos, 55 anos. Vagner José Alves, 72 anos. Vagner Onorio de Aguiar, 45 anos. Valcileno Ataíde Reis, 44 anos. Valda Sales Aguiar, 88 anos. Valdeci Buono, 66 anos. Wagner Paulino Macedo, 45 anos. Wagner Pereira, 46 anos. Walber Marques, 74 anos. Waldeir dos Santos Oliveira, 47 anos. Waldemir Cavalcante Saraiva, 63 anos. Waldemiro Marques de Melo, 86 anos. Zenaide Fernandes Neto, 80 anos. Zenilde Alves da Silva, 58 anos. Ziel Antônio Campos Lauermann, 72 anos. Zilda Lemes da Silva, 79 anos. Zozima Oliveira de Sousa, 85 anos. Zulmira de Sousa, 87 anos. Zumira Silva Araujo Carneiro, 83 anos.

“Tomara que não voltemos à normalidade, pois, se voltarmos, é porque não valeu nada a morte de milhares de pessoas no mundo inteiro”. Ailton Krenak

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Limiares do ordenamento jurídico na dicotomia entre o interno e o internacional: o controle de convencionalidade como inovação hermenêutica para a materialização dos direitos humanos na América Latina

Thresholds of the juridical order dichotomy between domestic and international: the conventionality control as a hermeneutic innovation for materialization of human rights in Latin America

Adriano Alberto Smolarek
Doutorando em Ciências Sociais Aplicadas (UEPG)
Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)
Ponta Grossa, Paraná, Brasil
E-mail: smolarek01@gmail.com

João Irineu de Resende Miranda
Doutor em Direito Internacional (USP)
Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)
Ponta Grossa, Paraná, Brasil
E-mail: joaoirineu@uol.com.br

Resumo: Este artigo busca expor e propor a técnica denominada Controle de Convencionalidade como alternativa inovadora consistente para, hermeneuticamente, coadunar regras de direitos humanos provenientes do Sistema Interamericano de proteção e alcançar a coerência entre obrigações assumidas pelos Estados ante a normativa internacional. Para tanto, é abordada a natureza das interrelações do Ordenamento Jurídico Estatal e o Internacional na busca pela coerência, através da aplicação coordenada de regras internacionais, em substituição aos critérios tradicionais de solução de antinomias. Tendo em vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou em sua jurisprudência a vinculação dos magistrados e operadores da justiça dos Estados nacionais em atualizar-se em relação às interpretações emitidas por aquele órgão jurisdicional, como forma de trazer maior coerência e lograr proteger eficazmente os Direitos Humanos em nosso continente. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, com método de abordagem dedutivo. O artigo demonstra diferentes graus de implementação do Controle de Convencionalidade na América Latina, destacando os casos peruano e argentino cujos entendimentos representam a vanguarda do continente.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Direitos Humanos. Ordenamento Jurídico. Coerência. Inovação.

Abstract: This article seeks to expose and propose the technique known as Conventionality Control as a consistent innovative alternative to hermeneutically harmonize human rights rules from the Inter-American Human Rights Protection System and to achieve coherence between the obligations assumed by the States in the face of international norms. In this paper, we took the interrelations of the International and the State-owned Juridical Order in an obstinate search for coherence through coordinated application of international rules, in substitution of traditional criterion of antinomies solution. The Inter-American Court of Human Rights consolidate in its jurisprudence the bind of magistrates and justice operators of national States to be update in relation to the interpretations issued by that Court as a way to bring more coherence and effectively protect the Human Rights in our continent. For this, a literature and documental search was conducted, with deductive approach method. The article demonstrates different degrees of implementation of Conventionality Control in Latin America, highlighting the Peruvian and Argentine cases whose understandings represent the vanguard of the continent.

Keywords: Conventionality Control. Human Rights. Juridical Order. Coherence. Innovation.

Data de recebimento: 17/09/2019
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

A multiplicidade cultural, étnica e moral existente no mundo contemporâneo reflete um universo de constante interação que supõe intensas relações humanas, comerciais e de interesses diversos. O Direito como expressão de arte, para além de sua concepção como ciência é essencial, pois, proporciona a organização da vida política e social dos homens. É impossível conceber a existência de interrelações entre sujeitos, culturas, etnias sem a existência anterior de um Ordenamento Jurídico. Seja na esfera interna ou mesmo internacional.

Organicamente, os Estados contemporâneos pautam-se na existência do ordenamento jurídico doméstico para manter ou resguardar as condições necessárias à sua própria existência e subsistência, bem como, de seus cidadãos.

Externamente, em âmbito internacional, após a Segunda Guerra Mundial, os Estados do globo reunidos definiram a criação de diversos órgãos quais auxiliariam a coexistência pacífica entre seus pares. A Organização das Nações Unidas foi criada com este fito. E, calcada em seu ideário “global”, ditou alguns documentos que constituíram mandamentos fundamentais relacionados ao resguardo da pessoa humana como forma de rascunhar aquilo que deveria ser implementado para que as atrocidades não voltassem a ocorrer.

Paralelamente à Organização das Nações Unidas, desenvolveram-se também instituições de caráter supranacional, com viés continental, que, além de congregar e estabelecer uma relação mais direta com os Estados conformadores de determinada “região” do globo, poderiam também definir, dentro dos parâmetros emitidos pela Organização das Nações Unidas e por suas próprias concepções culturais, quais seriam os direitos e garantias fundamentais ao pleno exercício da vida humana. Surgiu assim, como decorrência desta tendência, no continente americano, a OEA - Organização dos Estados Americanos, que editou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Este foi o primeiro documento de âmbito continental que vinculou prerrogativas de proteção e resguardo, quais os países signatários deveriam implementar tão logo houvessem ratificado.

Tal Convenção, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, instituiu, para além dos direitos e garantias do ser humano, dois organismos internacionais, aos quais recai o dever de resguardo e fiscalização dos preceitos abrangidos em decorrência de violações ocorridas em âmbito intra-estatal. Tais instituições conhecemos por Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta última constitui Tribunal Internacional com funções contenciosas e consultivas.

Dentre os casos julgados pela Corte, erigiu-se substanciosa jurisprudência no sentido de que, já que os Estados signatários da Convenção submetem-se à sua jurisdição, a implementação de julgamentos voltados à seara de Direitos Humanos deve prestar absoluta consonância com os ditames, opiniões, pareceres, e interpretações hermenêuticas, contidas dos documentos emitidos por ela. Surge assim, em nosso continente, ambiente propício para a implementação do mecanismo do Controle de Convencionalidade. Aqui nos surge a inquietação basilar para este escrito: Seria possível equacionar um instrumento hermenêutico como o Controle de Convencionalidade de modo a permitir a incidência direta de decisões de Tribunais Internacionais no âmbito do ordenamento interno dos estados da América Latina?

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Neste sentido, o presente trabalho objetiva expor e propor a técnica denominada Controle de Convencionalidade como alternativa consistente para, hermeneuticamente, coadunar regras de direitos humanos provenientes do Sistema Interamericano de proteção e alcançar a coerência entre obrigações assumidas pelos Estados ante a normativa internacional. Ao fim, após exposta a técnica, tece-se uma breve análise sobre processos tramitados perante a Corte Interamericana com a correta aplicação do Controle, isto é, com a implementação doméstica pelo Estado.

Para a consecução deste objetivo se utilizará de pesquisa bibliográfica e documental, de viés exploratório, através do método dedutivo. A partir deste método é possível partir de princípios internacionalmente reconhecidos presentes no Direito dos Tratados para se depreender obrigações internacionais dos Estados-parte na seara dos direitos humanos. O instituto do controle de convencionalidade decorre assim, de uma consequência lógica do próprio fundamento do “Pacta Sunt Servanda”, cuja proposição encontra-se relacionada ao adensamento de juridicidade da esfera das relações interestatais inerente aos processos de globalização.

Com o adensamento de juridicidade é possível identificar-se o surgimento de casos jurisprudenciais paradigmáticos para a análise do tema do Controle de Convencionalidade dentre os Estados Parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Estes casos constituem-se em fontes do Direito Internacional, conforme disposto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas. Os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos referentes a estes casos representaram uma mudança de comportamento daquele órgão no que diz respeito a suas relações com Estados acusados de violação ao Pacto de San José da Costa Rica e balizaram toda a doutrina a respeito do tema.

Deste modo, juntamente com o método dedutivo elege-se a técnica de pesquisa da documentação indireta, tendo como fonte primária a jurisprudência disponível dos casos selecionados e os documentos internacionais relativos às obrigações dos Estados a partir do Controle de Convencionalidade. Como marco teórico para a análise destas fontes primárias utilizam-se os trabalhos de autores consagrados na hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos como Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos e Valério de Oliveira Mazzuoli.

Neste sentido, o escrito aborda a natureza das interrelações do Ordenamento Jurídico Estatal e o Internacional na busca pela coerência, através da aplicação coordenada de regras internacionais, em substituição aos critérios tradicionais de solução de antinomias, possibilitando a utilização de mandamentos provenientes de outros “ordenamentos” como método para resolver antinomias. Prática essa que possibilita a materialização do Controle de Convencionalidade a partir de decisões emitidas por tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tendo em vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou em sua jurisprudência a vinculação dos magistrados e operadores da justiça dos Estados nacionais, signatários dos seus documentos constitutivos e submetidos à sua jurisdição, em atualizar-se em relação às interpretações emitidas por aquele órgão jurisdicional, como forma de trazer maior coerência e lograr proteger eficazmente os Direitos Humanos

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

em nosso continente, o artigo demonstra, a partir disso, justificação a adoção do referido método, os diferentes graus de implementação do Controle de Convencionalidade na América Latina.

Destaca-se, ao fim, o panorama geral dos estados latino-americanos que já possuem ditames relacionados com o Controle de Convencionalidade, dando maior iluminação aos casos peruano e argentino, cujos entendimentos representam a vanguarda do continente na utilização do referido instrumento, com o fito de demonstrar a possibilidade da utilização do referido controle como mecanismo hermenêutico que promove coerência entre os ordenamentos domésticos e internacional.

1 O ordenamento jurídico entre o plano doméstico e o internacional

O Ordenamento Jurídico é o conjunto de normas destinadas à regulação da vida dos indivíduos, e é formado por, além de normas propriamente ditas, uma estrutura axiológica de princípios que o regulam. Assim disposto, e adotando o viés dogmático dentro de uma postura metodologicamente positivista, o ordenamento deve compor uma totalidade ordenada, de modo a funcionar dinamicamente através da interrelação - enquanto "todo" - dos entes que o compõem, e não obstante, também, em uma relação de coerência entre si, formando um sistema:

> Entendemos por "sistema" uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si (BOBBIO, 1999, p. 71).

Logo, para que bem funcione, um ordenamento necessita de um mínimo de antinomias, bem como, conflitos entre seus entes. Conforme visto, o sistema jurídico é composto por um conjunto de regras, princípios e valores, que constituem mandamentos de otimização necessários a regulamentar determinadas relações jurídicas.

No entanto, é verdade que o Direito Internacional, entre os séculos XV a XIX, buscou tão-somente a regulação da vida internacional dos sujeitos de então, isto é., guerra e paz, navegações marítimas e limites territoriais, com base no voluntarismo estatal (MELLO, 2000, p. 44; SOUZA, 2014, p. 85) e com incidência pontual. No século XX, entretanto, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional passou a desenvolver-se através de múltiplos sistemas normativos independentes que resguardam os mais diversos temas de interesse para a sociedade internacional, atribuindo centralidade ao imperativo kantiano de que o homem é fim e não meio para a construção da humanidade (KANT, 1995, p. 66), materializado no reconhecimento dos direitos humanos, consolidados através da paulatina aprovação pelos Estados que aderem à Ordem Internacional, formando o chamado "Direito Internacional dos Direitos Humanos". Estes direitos representaram a regulação de temas que antes estavam adstritos à jurisdição doméstica dos Estados que - possuidores de soberania, outrora absoluta e imutável, a partir de então, relativizada – passaram a fazer parte da Ordem Pública internacional (ACCIOLY, 2012, p. 397) multiplicando sua incidência e seu valor normativo, na medida em que os Estados passaram a internalizar seu conteúdo (PIOVESAN, 2015, p. 47 – 48).

Na Constituição Federal Brasileira de 1988 tal fenômeno se vê refletido através da existência de um núcleo rígido de direitos e garantias fundamentais e nos princípios que norteiam e vinculam a atuação do estado

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

às obrigações, porventura, assumidas no plano internacional. E, neste último caso, tal fenômeno pode ser visto através do seguinte disposto:

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político (BRASIL, 1988).

Assim, estabelecer princípios que norteiam a inserção internacional do Estado denota uma visão de mundo separada entre o espaço doméstico e o internacional, qual encontra-se na base de toda reflexão moderna sobre política (NOGUEIRA, MESSARI; 2005, p. 194). Todavia, embora tratem-se de espaços "jurídicos" distintos, a internalização de normas internacionais auspiciam a interrelação ou mesmo a coexistência entre ambas as esferas, como adiante se verá.

Todavia, o direcionamento dado pelo artigo em tela insere a República Federativa do Brasil na tendência preponderante de internacionalização, em especial no que tange aos Direitos Humanos, como se pode ver através do inciso II do artigo supramencionado, vez que a valorização dos direitos da pessoa humana consolida a inserção brasileira em um "todo harmônico entre o sistema interno e o internacional" (GUERRA, 2012, p. 356).

É verdadeira, portanto, a inscrição lógica de que, se a República Federativa do Brasil insculpe como princípio constitucional norteador de sua inserção internacional a prevalência dos Direitos Humanos, via de consequência, admite também que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional (PIOVESAN, 2009, p. 41).

A "preocupação" por ressaltar a legitimação da natureza dúplice da prevalência dos direitos humanos decorre das obrigações assumidas voluntariamente pelos estados em âmbito internacional. Equivale a dizer que, a partir do momento em que o Estado assume compromissos em convenções e tratados internacionais, está ele, vinculado a um sistema internacional de proteção à matéria do documento em questão. Uma vez assinados, ratificados internamente e em vigor, surge para o estado signatário do instrumento normativo internacional, a obrigação de respeitá-lo, a partir da adequação da sua legislação interna, à consonância daqueles, visando sua aplicação. Trata-se da norma com máximo poder no Direito Internacional, decorrente da moralidade e da boa-fé: a *pacta sunt servanda*.

Dada a necessária sistematicidade do ordenamento jurídico, decorrente da coexistência de seus elementos em caráter doméstico e internacional, deve apresentar-se como elemento dotado do poder de unificá-la, a coerência. Tal coerência é também pressuposto de existência, já que não existe verdadeiramente um ordenamento, caso as regras não se tolerem entre si (BOBBIO, 1999, p. 71 – 86).

Quando uma antinomia se apresenta, isto é, quando há o encontro de duas normas que não podem ser conjuntamente aplicadas - é posicionamento hermenêutico patente que -, o jurista deve eliminar uma das duas normas. Mas qual delas? Esse é o posicionamento de Norberto Bobbio, que sugere, em caso de conflito entre duas normas, quer sejam nacionais ou internacionais, a utilização dos critérios clássicos por ele explicitados na Teoria do Ordenamento Jurídico, quais sejam: "critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), critério

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

hierárquico (*lex superior derogat inferiori)* e o critério especial (*lex especiali derogat generali*)" (BOBBIO, 1999, p. 92 - 96).

No entanto, aqui, levando em consideração a abertura qual experimenta nosso ordenamento pátrio, mormente ante a preponderância dada aos direitos humanos, e no que diz respeito às alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que possibilita equiparar instrumentos pactuados em nível internacional pelo Estado como emendas constitucionais e a pluralidade de fontes que o Direito Internacional proporciona, sugere-se a busca pela coerência através da coordenação flexível e útil das fontes, como leciona Erik Jayme citado por Alberto do Amaral Júnior:

> A descoberta da finalidade das normas se dá por meio da convivência e do "diálogo" entre elas. Jayme batizou de "diálogo" das fontes a aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes. Essa expressão, para além do seu tom quase poético, aponta para um novo modo de encarar a coexistência das normas (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 153)

Ora, o Direito Internacional possibilitou a criação de uma miríade de tratados internacionais quais multiplicando-se vertiginosamente deram origem a subsistemas normativos (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 153) que reclamavam coordenação, sob pena de causarem a fragmentação e a perda da unidade do Direito Internacional.

A dinamicidade intrínseca aos sistemas que compõem um ordenamento, a pluralidade das fontes, a complexidade e a fluidez das normas internacionais são realidades que, com a utilização dos critérios tradicionais de solução de antinomias, por vezes, não possuem eficácia. Nesse ambiente o diálogo das fontes é instrumento de grande valia porque facilita a comunicação dos subsistemas entre si e com as regras gerais do direito internacional (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 153). Leciona ainda Alberto do Amaral Júnior:

> O "diálogo" das fontes é condição necessária para a ordem e a justiça do direito internacional ao enfatizar a coerência das normas que o integram. É sabido que a paz, a estabilidade e a previsão dos comportamentos estão associadas ao valor da ordem na vida social; tais objetivos não se realizam se normas contraditórias fornecerem aos homens orientações opostas, deixando-os em situação de permanente incerteza. (…) A incoerência entre as normas jurídicas é fonte de injustiça ao dispensar consideração desigual àqueles que pertencem à mesma classe ou categoria. O "diálogo" das fontes restabelece a coerência, requisito da justiça formal, não ao eliminar a norma incompatível, como acontece com os critérios tradicionais para a solução das antinomias, mas na importância dada à compatibilidade entre os elementos que compõem o sistema normativo (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 156).

O diálogo das fontes se operacionaliza através de três tipos de "diálogos": - o diálogo sistemático de coerência; o segundo diálogo, denominado de diálogo de coordenação e adaptação ou diálogo rogatório de integração e o terceiro denominado diálogo sistemático de complementaridade (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 157).

Neste escrito, vamos nos ater ao segundo diálogo supramencionado. O diálogo de coordenação e adaptação ou diálogo rogatório de integração decorre da necessidade de se coordenar normas, quer sejam de tratados ou de legislação doméstica para com os subsistemas normativos de modo a constituírem um todo coerente (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 158). Trata-se do que Norberto Bobbio na Teoria do Ordenamento Jurídico, citando Francesco Carnelutti, chama de "heterointegração" onde, em caso de lacuna, podem as normas jurídicas ser integradas, recorrendo-se a ordenamentos jurídicos diversos. E assevera que "cada ordenamento prevê os meios e os remédios aptos a penetrar nesta zona intermédia" (BOBBIO, 1999, p. 146).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

As cláusulas de abertura do ordenamento e a internalização de normas internacionais materializam o entendimento de que não somente o direito proveniente do estado poderia resolver antinomias ou lacunas, mas também outras fontes. As internacionais, inclusive, como adiante se verá.

2 As obrigações internacionais do estado

Há, de fato, um pluralismo de fontes e mesmo de sujeitos de direito internacional. Esta pluralidade de fontes é característica do direito pós-moderno (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 152). Dentre tais fontes, os tratados internacionais figuram com relevância dentro do Direito Internacional, quer seja público ou privado. Estando, inclusive, dentre várias outras espécies, capitulados como fontes formais devido ao art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (BRASIL, 1945).

Por ser o tratado, uma fonte concreta de Direito Internacional, que perfaz-se através da observância de requisitos formais de existência, que são, dentre outras solenidades, criados a partir da exteriorização da vontade estatal, deve o estado, pautando-se nessa mesma "vontade" dizer qual instituição gozará do poder de decidir internamente sobre o conteúdo das fontes, ou seja, o poder de optar entre as várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que será declarada obrigatória (REALE, 1999, p. 12 -13) ao julgamento das controvérsias atinentes a sua natureza.

Da mesma forma que, para os estudiosos do Direito Internacional e para a jurisprudência dos tribunais internacionais, a norma doméstica é tida como um "mero fato", que expressa vinculação através da vontade estatal, e cuja legislação interna deve estar em perfeito alinhamento com àquela, conforme André de Carvalho Ramos:

> […] a prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais considera a norma [interna] como um "mero fato", que expressa a vontade do Estado […] e que devem ser compatíveis com seus engajamentos internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente (RAMOS, 2013, p. 371).

E segue o mesmo autor, discorrendo sobre o descumprimento interno de mandamentos internacionais sob o argumento da existência de legislação interna em contrariedade àquele:

> Consequentemente, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados. Assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como "norma suprema", mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator (RAMOS, 2013, p. 371 -372).

Longe de adentrar em discussão sobre a sobreposição das ordens jurídicas doméstica e internacional, sob as correntes monista ou dualista, herdadas do modelo Westfaliano, as "vias normativas possíveis" a que se refere Miguel Reale acima, em nossos dias, refletem o surgimento da pós-modernidade, aplicada sobre um Estado de Direito ainda calcado nos ideais modernos. Equivale dizer, trata-se de um momento específico de transição e globalização, em que o modernismo clássico - da soberania estatal - e o pós-modernismo – do Direito Internacional dos Direitos Humanos - coexistem, persistindo cada um deles nos discursos e nas práticas jurídicas nacionais e internacionais (GIANNATTASIO, 2010, p. 63).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Transmutando-se a análise, outra vez, ao panorama nacional, tem-se que a República Federativa do Brasil vinculou-se a determinadas Convenções Internacionais que tratavam da interação entre ambas ordens jurídicas. Um claro exemplo disso é a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que significou a positivação da prática que possuía até então, viés claramente consuetudinário. A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados é considerada um documento "quase perfeito" (ACCIOLY, SILVA; CASELLA, 2009, p. 130), que vem sendo chamado inclusive como a "Lei dos Tratados" (PIOVESAN, 2009, p. 44). Tal Convenção foi assinada a 23 de maio de 1969; aprovada ordinariamente pelo Congresso Nacional em 17 de julho de 2009 e promulgada pelo Presidente da República através do Decreto nº 7.030/09 de 14 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009).

No bojo da referida Convenção, insculpida no art. 27, consta expressa a disposição de que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado" (BRASIL, 2009).

Como consequência, a República Federativa do Brasil não pode alegar nem a existência de norma interna, inclusive de natureza constitucional, nem mesmo o respeito à jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, para escusar-se ao cumprimento de uma obrigação assumida em ambiente internacional. Em lição, diz André de Carvalho Ramos que:

> As decisões judiciais internas, as normas constitucionais e todas as demais normas e atos internos são apreendidos pelo juiz internacional como meros fatos praticados pelo Estado, não importando qual foi o órgão interno realizador do mesmo (RAMOS, 2013, p. 372).

Portanto, se não podemos alegar a inaplicabilidade interna das obrigações internacionais, devemos, pois, adotar os parâmetros internacionais de interpretação. Eis aqui o valor intrínseco ao exercício do Controle de Convencionalidade, não como parte do Controle de Constitucionalidade e sim como meio autônomo de adequação e compatibilização do direito interno com os preceitos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (GUERRA, 2012, p. 360). Neste sentido assevera André de Carvalho Ramos:

> O reconhecimento da interpretação internacional dos tratados ratificados pelo Brasil é consequência óbvia dos vários comandos constitucionais que tratam de "tratados de direitos humanos", como os parágrafos 2º e 3º do art. 5º. De que adiantaria a Constituição pregar o respeito a tratados internacionais de direitos humanos se o Brasil continuasse a interpretar os direitos humanos nacionalmente? Nem preciso dizer que se todos os países que pregam o respeito a […] tratados de direitos humanos pudessem interpretar livremente seus comandos, então não existiria padrão universal de direitos, abrindo-se portas ao relativismo. (RAMOS, 2013, p. 375)

Somente após esmiuçadas as questões preliminares é que se autoriza o início da análise do Controle de Convencionalidade como instituto jurídico contemporâneo. A partir de então passamos a ele.

3 O controle de convencionalidade

Em larga medida, a proteção internacional dos Direitos Humanos só tornou-se realidade graças ao desenvolvimento de mecanismos que permitiram compatibilizar a jurisdição nacional com a internacional bem como prevenir eventuais conflitos entre elas (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 12).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

No entanto, a ideia de estabelecer tal juízo de adequação teve sua gênese, não nos Tribunais e Cortes Internacionais, mas sim, dentro do ordenamento jurídico doméstico da República Francesa. Originariamente o Controle de Convencionalidade evidenciou-se na decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975 do Conselho Constitucional Francês através de uma interessante explanação sobre a competência daquele órgão jurisdicional, sobre efetivar, para além do Controle de Constitucionalidade, o Controle de Convencionalidade em virtude da existência do Princípio da superioridade dos Tratados sobre a Lei, enunciado pelo artigo 55 da Constituição Francesa (DUTHEILLET DE LAMOTHE, 2007, p. 3 – 8).

Trata-se de uma espécie de *"judicial review"* (SALDANHA; VIEIRA, 2013) das leis nacionais tendo como base as obrigações internacionais assumidas pelo Estado. Sidney Guerra conceitua o Controle de Convencionalidade como sendo:

> um novo dispositivo jurídico fiscalizador de leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade (GUERRA, 2012, p. 359).

O Controle de Convencionalidade pode ser efetivado em dois planos: o interno e o internacional. Internacionalmente, o Controle é realizado pelas Cortes e Tribunais Internacionais, através da divulgação de interpretação hábil – seja através da via jurisprudencial ou consultiva -, para o texto de determinado tratado internacional de direitos humanos, e; no panorama interno, o controle pode ser efetivado pelos entes autorizados pelo Estado a tal prática.

É imperioso esclarecer, todavia, que a proteção, a promoção e o respeito aos Direitos Humanos constitui prerrogativa de atuação do Estado-nacional, ao passo que, a proteção internacional sobre a seara - através de organismos internacionais -, só ocorre de forma subsidiária, quando do esgotamento dos meios recursais no plano interno (AMARAL JÚNIOR, 2013, p. 542).

4 A consolidação do controle de convencionalidade pelos ordenamentos jurídicos dos países da américa latina

A prática do Controle de Convencionalidade feito a partir da Corte Interamericana já consiste em uma realidade. Um exemplo de sua incidência seria Caso *Barrios Altos versus Peru*, julgado em 14 de março de 2001. Na decisão do mérito a Corte não se restringiu a declarar a incompatibilidade de pontuais dispositivos de códigos ou disposições constitucionais do estado em relação a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sim, determinou a incompatibilidade de leis nacionais em espécie e em sua totalidade. A Corte declarou a incompatibilidade de diversas leis de anistia peruanas que violavam disposições da Convenção e em decorrência disso passavam a carecer de "efeitos jurídicos":

> *51. Por tanto, LA CORTE, DECIDE: por unanimidad, […] 3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía Nº 26479 y Nº 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia. 4. Declarar que las leyes de amnistía Nº 26479 y Nº 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, p. 17 – 18).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

A decisão provocou imenso impacto no que diz respeito às leis de anistia no continente americano, para além da revogação das leis questionadas no ordenamento peruano. Uma das principais consequências internacionais traduziu-se na anulação no ano de 2005, de diversas leis que concediam anistia na Argentina, por decisão da Corte Suprema daquele país, com base no procedimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Barrios Altos versus Peru.* Assentou jurisprudência neste sentido a Corte Suprema Argentina nas leis de *"punto final"* e *"obediencia debida"* (Leis nº 23.492/85 e 23.521/78, respectivamente) (PIOVESAN, 2012, p. 152). Assim defende a Suprema Corte Argentina, no caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro sobre homicídio qualificado, associação ilícita e outros (causa 259), julgada em 24 de agosto de 2004:

> *De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación si viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional (SUPREMA CORTE ARGENTINA, 2004).*

Todavia, a despeito dos exemplos emitidos pelas Repúblicas Peruana e Argentina, a implementação e o grau de aceitação pelos Estados jurisdicionados tende a variar de acordo com o grau de incorporação dos valores de internacionalização dos Direitos Humanos e com o regime estamental atribuído aos Tratados dessa seara.

A relevância e a obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana já encontra incidência jurisprudencial nos Tribunais domésticos em âmbito latino-americano, a saber:

> A obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana e das normas internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico é realçada por uma expressiva jurisprudência regional. Cabem menção aos casos: a) caso decidido pelo Tribunal Constitucional da Bolívia, em maio de 2004 (sustenta a aplicação das normas e da jurisprudência interamericana de direitos humanos no âmbito interno); b) caso decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru, em março de 2004 (realça o sistema normativo e jurisprudencial internacional em direitos humanos e seu valor na interpretação dos direitos constitucionais); e c) caso decidido pela Corte Suprema da Justiça da Argentina, em julho de 1992 (enfatiza a obrigatoriedade das normas internacionais de direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico) (PIOVESAN, 2012, p. 84).

No mesmo sentido, já se tem lugar comum encontrar a aplicação da Convenção Americana, Tratados Internacionais de Direitos Humanos ou mesmo a jurisprudência e as interpretações da Corte Interamericana, nas decisões domésticas em nosso continente. Flávia Piovesan parafraseia importante lição constante de decisão da Corte Suprema de Justiça Argentina que ensina que "a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana" (PIOVESAN, 2012, p. 85).

São diversos os estágios de avanço entre as ordens jurídicas circunvizinhas sobre o tema em questão, mas fato é que, de acordo com Nestor P. Sagües, magistrado da Corte Interamericana que realizou pesquisa intitulada "*Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano*", apresentada no Simpósio "*Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: Hacia un ius comune latinoamericano*", no *Max-Planck Institute*, em Heidelberg, em 25 de novembro de 2010, citado por Flávia Piovesan (2012, p. 85), o nível de implementação das regras geradas pela Corte em sede de Controle de Convencionalidade se baseiam em 4 tipos. São eles: A admissão expressa, com destaque à República Argentina cuja jurisprudência, desde anos 90, já reconhece expressamente o vigor jurisprudencial da Corte Interamericana em seu ordenamento doméstico, como se nota:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> *la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos* (VILLANUEVA, 2012, p. 6).

A admissão tácita, onde se destaca a Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia, que admitem a modificação do ordenamento jurídico doméstico em função de sentenças da Corte Interamericana.

Silêncio com aparente resiliência, cujos exemplos são Equador, México e Colômbia, posto que tais países não emitiram posicionamentos oficiais sobre a prática da convencionalidade, muito embora, por vezes, hajam implementado de alguma forma os mandamentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Aqui é onde se enquadra a República Federativa do Brasil. Que apesar de implementar cooperação jurídica internacional com o Sistema Interamericano, inclusive sobre o Controle de Convencionalidade, ainda peca em sua divulgação e instigação aos magistrados para a sua consecução que ocorre apenas pontualmente e sem grande repercussão. Exemplo jurisprudencial paradigmático sobre a questão é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, com efeitos *erga omnes*, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, que declarou constitucional a Lei nº 6.683/79, que no período de transição entre a Ditadura Militar e a Democracia, instituiu a anistia a todos aqueles que houvessem praticado crimes de viés políticos ou à eles conexos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010), havendo contrariado paradoxalmente a sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil, em que se responsabilizou internacionalmente o Estado brasileiro pela falta de investigação dos fatos atinentes ao episódio conhecido como “Guerrilha do Araguaia”. A sentença em questão declarou a Lei de Anistia brasileira como “carente de efeitos jurídicos” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010). E ainda, de modo mais recente, o caso da antinomia existente entre o Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação ao Art. 331 do Código Penal Brasileiro.

Em um primeiro momento, entre 2015 e 2016, os Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio de Janeiro, em reiterados acórdãos declararam inconstitucional e inconvencional o crime de desacato contra funcionário público em face do regime democrático de direito e da Convenção Americana de Direitos Humanos (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2015; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2016).

Em segundo momento, no mesmo 2016, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), através de sua 5ª Turma, no Recurso Especial n° 1.640.084-SP, que contou com a Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, decidiu através de Controle de Convencionalidade na modalidade difusa, pela inaplicabilidade do Crime de Desacato contra funcionário público pela incompatibilidade existente entre o tipo legal em questão e o Art. 13 da Convenção Americana. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

O julgado defende que o art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. Além de utilizar-se do precedente gerado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 466.343/SP, ao defender que “os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal”, “o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." Afirmou ainda, utilizando do mesmo precedente, que, "no plano material, as regras

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Embora tratar-se de um precedente emanado por uma turma do Superior Tribunal de Justiça, este entendimento não prevaleceu ante divergência levantada em decisão proferida pela 3ª Seção, que reúne as turmas que decidem temas afetos ao Direito Penal, do mesmo tribunal, em 24 de maio de 2017, no Habeas Corpus nº 379269. Inobstante a controvérsia inerente ao tema, que contou com voto consoante ao afastamento do crime de desacato, em relação ao caso, com aplicação do Controle de Convencionalidade, proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o voto vencedor foi o do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, qual passamos a analisar.

No bojo do recurso de Habeas Corpus, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, reitera a vinculação do Brasil em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos e cita o entendimento jurisprudencial da característica supralegal dos tratados de direitos humanos não incorporados pelo rito previsto no art. 5°, §3° da Constituição Federal, ressaltando o efeito paralisante sobre as demais normas do ordenamento jurídico à exceção da Constituição (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

O julgado prossegue analisando os órgãos componentes do Sistema Interamericano de Proteção, de acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, para afirmar que as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo que se traduzem em "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha" e, portanto, não jurisdicional, para afastar a decisão do precedente anterior proveniente da 5ª turma do STJ. Segue afirmando que o único órgão com função jurisdicional no Sistema Interamericano seria a Corte e que as decisões desta sim, possuem força vinculante. Tal esforço exegético demonstra fragilidade, na medida em que afasta a “força vinculante” das recomendações provindas da Comissão mas utiliza, em momento posterior, relatório da mesma instituição para munir e embasar a decisão do HC (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Prossegue o voto, afirmando que “Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", (...) não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017) demonstrando o desconhecimento dos magistrados nacionais em relação ao histórico, já exposto neste escrito, referente à jurisprudência emitida com efeitos erga omnes da Corte, como por exemplo, no Caso Barrios Altos versus Peru que produziu reflexos, além do próprio ordenamento jurídico peruano também na Argentina, no tocante às leis Obediencia Debida y Ley de Punto Final, aqui já abordadas.

Ainda, há países que utilizam-se da negação expressa, com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável uma sentença da Corte Interamericana, encorajando o poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18 de dezembro de 2008 de acordo com o caso “Apitz Barbera” (PIOVESAN, 2012, p. 84).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Considerações finais

O Direito é arte essencial e dinâmica. Não é quadro imutável, congelado no tempo. É mecanismo corrente de ordenação da vida em sociedade e inter-sociedades. É mecanismo. Os ordenamentos jurídicos existem para sistematizar as regras existentes e fazer possível aos aplicadores sua função e aos pleiteantes sua pretensão.

O ordenamento internacional embora controverso e com características distintas do doméstico, deve coexistir harmonicamente com este. Suas normas, por vezes, versam sobre temas afetos aos Direitos Humanos, que aliás, constituem objetivo comum a ser materializado pela Sociedade Internacional. Tais Direitos constituem-se como cogentes ou "obrigações *erga omnes* de proteção" (CANÇADO-TRINDADE, 2007, p. 213). São internalizadas pelos Estados como forma de alinhamento para com os valores internacionais e constituem pretensões legítimas dos indivíduos e deveres concretos dos Estados.

O presente artigo objetivou demonstrar que, para além da dicotomia existente entre as noções de ordenamento interno e internacional, no que diz respeito à materialização das obrigações internacionais assumidas pelos estados, e sobretudo, no que atine ao Sistema Interamericano, o Controle de Convencionalidade é mecanismo hábil para a construção de coerência e diálogo entre tais ambientes. Embora fragilmente explorada no ordenamento jurídico brasileiro, tal prática se mostra presente e com aplicações concentradas, efetivas e diretas em diversos ordenamentos jurídicos de nosso continente. Exemplos disso são os ordenamentos jurídicos peruano e argentino.

Desta forma, através deste escrito podemos demonstrar dentro do panorama conjuntural da América Latina que este mecanismo hermenêutico inovador se presta a possibilitar o diálogo entre as ordens e reestabelecer os limiares entre as regras e competências internas e internacionais no que diz respeito à proteção da pessoa humana.

Referências

AMARAL JÚNIOR. Alberto do. **Direito de Assistência Humanitária.** São Paulo. 2001. (Dissertação de Mestrado) – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. 2001.

AMARAL JÚNIOR. Alberto do. **Curso de Direito Internacional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do.; e CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10ª ed. 1999.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal Brasileira**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 18 de abril de 2016.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº 19.841/45**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm, acessado em 27 de abril de 2016.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº 7.030/09**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm, acessado em 27 de abril de 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos direitos humanos no início do Século XXI. *In:* CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. (Org.), **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: FUNAG, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos y Otros versus Peru**. Sentencia de 14 de março de 2001. p. 17-18. Ponto 51.3 y .4. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso versus Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Ponto 128. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_158_esp.pdf, acessado em 14 de maio de 2016.

DÍAZ, Álvaro Paúl. La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. In: **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. XLVII, 2016. Disponível em: http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n47/art12.pdf.

DUTHEILLET de LAMOTHE, Olivier. **Controle de Constitutionalite et Controle de Convencionalite. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle**. Dalloz, 2007. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf, acessado em 05 de maio de 2016.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional Entre Dois Pós-modernismos: A Ressignificação das Relações Entre o Direito Internacional e o Direito Interno. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, vol. 6, 2010. Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/arthur_giannattasio.pdf, acessado em 27 de abril de 2016.

GUERRA, Sidney. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade. UFC. **Revista Nomos**. v. 32.2, jul./dez. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Porto: Ed. Porto., 1995, p. 66

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno. São Paulo: Saraiva. 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. **Teoria das Relações Internacionais: Correntes e Debates**. 7ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. Jan./jun., 2012. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf, acessado em 14 de maio de 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva. 1999.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. **Revista Libertas**. UFOP. v.1, n.1, jan/jun. 2013. Disponível em: http://www.libertas.ufop.br/index.php/libertas/article/view/9/13, acessado em 06 de maio de 2016.

SOUZA, Henrique Santos Costa de. O Fundamento do Direito Internacional Contemporâneo: O Ser Humano e suas Dimensões. In MENEZES W. **Direito Internacional Contemporâneo e seu fundamento**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n° 1.640.084-SP**. Julgado em 15 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf, acessado em 11 de abril de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n° 379269**. Julgado em 24 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73349924&num_registro=201603035423&data=20170630&tipo=64&formato=PDF, acessado em 11 de abril de 2020.

SUPREMA CORTE ARGENTINA. **Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros** —causa n° 259— Sentencia del 24-08-2004. Disponível em: http://www.derecho-comparado.org/sentencias/argArancibiaClavel4.htm.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nª 153**. Julgada em 28 de abril de 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf, acessado em 06 de dezembro de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Comarca de Florianópolis. **Sentença no Processo Criminal nº 0067370-64.2012.8.24.0023**, de 17 de março de 2015. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/backup/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/, acessado em 11 de abril de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Comarca de Belford Roxo. **Sentença no Processo Criminal n° 0013156-07.2015.8.19.008**, de 04 de julho de 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/, acessado em 11 de abril de 2020.

VILLANUEVA, Marcos Agustín. El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales. **Anais do Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados "Democracia y Derecho"**. Universidad Buenos Aires. 2012. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf, acessado em 14 de maio de 2016.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Prática argumentativa internacional: breve análise da implicação de validade social em questões ambientais

International argumentative practice: a brief analysis of the implication of social validity in environmental matters

André Augusto Giuriatto Frarraço
Doutorando em Direito (UnB)
Universidade de Brasília (UnB)
Brasília, Distrito Federal, Brasil
E-mail: andreaugusto.gf@gmail.com

Resumo: O artigo tem o objetivo de delimitar o campo argumentativo de Direito Internacional ambiental a partir da teoria de campo proposta por Bourdieu para, então, verificar as implicações da prática argumentativa propostas por Jean D'Aspremont, com ênfase na validade social do argumento. Tal análise decorre do frequente embate entre interesses econômicos e socioambientais em sistemas de peticionamento, razão pela qual se torna relevante perquirir como se manifesta a implicação de validade do argumento de acordo com o interesse social na busca por justiça socioambiental. Com amparo na revisão bibliográfica e na análise de casos ambientais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, primeiramente, propõe-se uma delimitação do campo jurídico-argumentativo internacional para, em seguida, evidenciar as implicações que a prática argumentativa internacional possa apresentar nesse campo. A partir das implicações destacadas, realiza-se a análise da implicação de validade social da prática argumentativa internacional ambiental, concluindo-se que tal implicação pode ser moldada, com objetivo precípuo de reafirmação discursiva do elemento de validade na arena argumentativa.

Palavras-chave: Argumentação Internacional Ambiental. Campo Jurídico. Implicações Argumentativas. Justiça Ambiental.

Abstract: The article aims to delimit the argumentative field of international environmental law based on the field theory proposed by Bourdieu to then verify the implications of the argumentative practice proposed by Jean D'Aspremont, with an emphasis on the social validity of the argument. Such an analysis stems from the frequent clash between economic and socio-environmental interests in petitioning systems, which is why it is relevant to investigate how the argument's validity implicates according to social interest in the search for socio-environmental justice. Based on the bibliographic review and analysis of environmental cases of the Inter-American Court of Human Rights, firstly, it is proposed to delimit the international legal-argumentative field in order to then highlight the implications that international argumentative practice may have in this field. From the highlighted implications, the analysis of the social validity implication of the international environmental argumentative practice is carried out, concluding that this implication can be shaped, with the primary objective of discursive reaffirmation of the element of validity in the argumentative arena.

Keywords: International Environmental Argumentation. Legal Field. Argumentative implications. Environmental Justice.

Data de recebimento: 22/04/2019
Data de aprovação: 17/02/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

Em contraste com a visão reducionista tradicional de que o Direito Internacional é um conjunto de normas, esse ramo pode ser entendido como uma prática argumentativa. A perspectiva do Direito Internacional pela prática argumentativa encontra amparo na utilização de categorias abstratas tradicionais, a exemplo das fontes e teorias de interpretação aplicáveis, como ferramentas para ativar elementos concretos no âmbito internacional, como as cortes, a partir das quais se torna possível observar o processo de autoridade por meio do qual decisões internacionais são tomadas (D'ASPREMONT, 2014, p. 105-109).

Entretanto, outros elementos da dinâmica argumentativa merecem atenção, a fim de que não se compreenda o Direito Internacional apenas pela análise da decisão de autoridade. No processo e fim argumentativo, um fator de relevo relacionado à constituição dos procedimentos argumentativos internacionais diz respeito ao modo como os pedidos jurídicos são realizados dentro dessa esfera, utilizando e reproduzindo o meio capaz de conferir manutenção e coesão ao campo do Direito Internacional. Tratam-se das possibilidades de se explorar os recursos postos e disponíveis para se realizar a argumentação do modo mais sólido e persuasivo possível (D'AMATO, 2014. p. 650-679).

Na busca por manutenção e coesão voltada a um campo específico, a abertura hermenêutica do sistema internacional apresenta influências de poder, em especial daqueles voltados à manutenção da dimensão antrópica em cenários de conflitos de interesses, crises e contradições, criados pelo próprio sistema com a finalidade de proporcionar auto regeneração (D'ASPREMONT, 2014, p. 685). No campo jurídico internacional, verifica-se a presença de formas exclusivas e delimitadas ao âmbito, como os protocolos e a até mesmo a linguagem utilizada nos sistemas de peticionamento, o que implica no reconhecimento pela sociedade do campo internacional por meio de um critério de exclusão que determina os atores detentores de tais formalidades.

Diante de situações que demandam alguma tomada de decisão pretensamente universal, soluções são atribuídas a uma comunidade epistêmica em particular, que busca a preservação da cultura formalista quanto à interpretação para tais soluções, bem assim a estrutura e organização do âmbito provocado. Tem-se, portanto, o estabelecimento do modo como o sistema deve ser operado, podendo-se, entretanto, utilizar-se de tais regras para finalidades diversas, de acordo com os interesses pretendidos.

Em um âmbito mais delimitado, do Direito Ambiental Internacional, tais características que balizam a prática argumentativa podem ser verificadas contendo, entretanto, algumas peculiaridades. A responsabilidade internacional por dano ambiental é marcada pela complexidade de sua imposição: não há uma corte internacional ambiental, não há um tratado harmonizando regras sobre a forma de responsabilização. Muito embora o Direito Ambiental conte com mais de 3.000 acordos ambientais bilaterais e multilaterais[1],

[1] O projeto de banco de dados do International Environmental Agreements (IEA), organizado pela Universidade de Oregon, descreve mais de 3.700 tratados, convenções e outros acordos internacionais sobre meio ambiente da década de 1850 até o presente. Inclui páginas detalhadas para cada contrato, com links para texto, associação, dados de desempenho, secretariado e estatísticas resumidas. O banco de dados pode ser pesquisado e navegado por título, data, assunto, linhagem etc. Também lista fontes secundárias relevantes por tópico (UNIVERSITY OF OREGON, 2020).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

pouquíssimos possuem previsão de responsabilidade objetiva[2]; além dos limites próprios da responsabilização por ato ilícito internacional, de modo geral, em que também não se verifica uma harmonização quanto ao assunto.

O que se pode afirmar em relação ao Direito Ambiental Internacional é que não há uma esfera coerciva própria para causas ambientais. Pode-se afirmar a existência de princípios ambientais gerais[3] contidos no Projeto de artigos sobre a responsabilidade do Estado por fato internacionalmente ilícito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, dentre outras tratativas que tendem à mesma pretensão.

Na seara ambiental, a ocorrência de conflitos de interesses, sobretudo pautados pela proteção ambientais em oposição aos interesses econômicos, demonstra que não há um consenso quanto ao interesse social para aceitação dos termos e imposições para o desenvolvimento sustentável e proteção ambiental[4]. Tal afirmativa se reforça quando na análise de instrumentos internacionais que versam sobre o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental, visto que em tais declarações tem-se a proposição de objetivos e preocupações com as quais, quando possível e na medida dos interesses dos entes envolvidos, deverão ser apresentadas soluções. Por outro lado, o crescimento econômico é expresso como um imperativo (BARRAL; DUPUY, 2015).

A partir de tal perspectiva, em se considerando a prevalência do mencionado imperativo econômico, bem como a reafirmação de tais interesses por atores internacionais para uma análise da tomada de decisões em questões ambientais, estaria ainda assim a proteção ambiental internacional condicionada a uma aceitação social nos termos da prática argumentativa? Ou ainda, seria realmente necessário que a validade do argumento seja verificada em termos de aceitação social, ou poderia o Direito Ambiental Internacional exercer um papel contra majoritário em termos de interesse social?

Com base em tal problemática propõe-se no presente artigo a análise da prática argumentativa internacional pela delimitação dos elementos propostos pela teoria de Pierre Bourdieu (2002), tais como o campo, o valor e a violência simbólica no âmbito jurídico (1). Ressaltado tal aspecto, analisa-se o Direito Ambiental Internacional quanto às implicações da prática argumentativa propostas por Jean D'Aspremont[5], dando-se ênfase especial quanto à validade social do argumento (2). Por fim, analisa-se, de modo exemplificativo, se as demandas de temática internacional ambiental, que visam o desenvolvimento

[2] Em Direito Internacional podem ser citados alguns poucos casos de regras de responsabilidade objetiva relacionada a algum tipo de dano ambiental, como por exemplo, a responsabilidade na Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, na Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos devidos à Poluição por Hidrocarbonetos e ainda no âmbito de responsabilidade internacional por dano nuclear.

[3] Embora não seja o objeto da presente pesquisa, é interessante ressaltar, como um esforço para fortalecer o entendimento sobre como se estabelece a responsabilidade internacional ambiental do Estado, a contribuição do Parecer Consultivo do Tribunal Internacional do Direito do Mar, de 1º de fevereiro de 2011, que buscou consolidar o entendimento, dentre outras questões, acerca do reconhecimento do Projeto de artigos sobre a responsabilidade do Estado por fato internacionalmente ilícito, da Comissão de Direito Interacional das Nações Unidas.

[4] O desenvolvimento sustentável apresenta grande indefinição, podendo ser apontado como um conceito, um objetivo, um discurso ou um princípio. No entanto, é reconhecidamente uma obrigação positiva de promoção do desenvolvimento sustentável para todos os Estados. Para os fins deste estudo, ele é entendido como um objetivo. A aplicação do desenvolvimento sustentável passou a ser observada em alguns casos internacionais, dentre os quais se destaca a importância do caso Gabcikovo-Nagymaros (1997), do Caso das papeleiras (2010) e da Nicarágua vs. Costa Rica (2013 e 2015), na Corte Internacional de Justiça. (DINIZ, 2015 e BÖLTER; DERANI, 2018).

[5] Tais implicações como se apresenta no estudo podem ser extraídas da leitura das seguintes obras do prof. Jean d'Aspremont, da Universidade de Manchester: "Wording in International Law", do ano de 2012 e "Bindingness", do ano de 2016 (D'ASPREMONT, 2012; 2016).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

sustentável, possuem tal implicação de validade por interesse social na busca por justiça socioambiental em suas decisões[6] (3).

O método de pesquisa utilizado é o indutivo, com base na revisão bibliográfica e jurisprudencial, em especial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A hipótese motivadora da pesquisa é a de que a validade auferida com base no interesse social em matéria ambiental internacional prática argumentativa internacional não se manifesta como uma variável de grande expressão para o processo decisório.

1 Elementos da sociologia do campo jurídico-argumentativo internacional

Pierre Bourdieu assinala que os modos de esclarecimento, legitimidade e fundamentação do direito, tanto aqueles de cunho interno[7] quanto externo[8], não foram capazes de enunciar o campo jurídico. Essas abordagens não apreenderam a especificidade do universo social em que o campo se produz e se exerce (BOURDIEU, 2002, p. 209-211). Analisar um campo, de acordo com a teoria de campo proposta por Bourdieu (1989 e 2004), requer uma perspectiva relacional, pressupondo a existência de confronto, tensão e poder, ao passo que todo campo apresenta aspectos para o auto fortalecimento e lutas internas, para transformar ou conservar a força própria desse campo.

Essa teoria, aplicada ao âmbito jurídico, explicita o que Bourdieu (2002) delimita como o campo jurídico. O Direito possui uma lógica interna que se destina ao acumulo de capital jurídico com a proposta de legitimar valores inerentes aos conflitos que se inserem e se destinam a esse campo específico por meio de regras próprias fundamentadas no formalismo e na separação entre profissionais e não profissionais. A universalidade do campo jurídico é reforçada por valores morais, o que implica na ideia de neutralidade das decisões oriundas desse campo, amparadas pelo viés ético e técnico que esse espaço detém e que o distingue dos demais campos.

As práticas e os discursos jurídicos são produto do funcionamento do campo jurídico, cuja lógica específica está determinada por dois aspectos determinantes. O primeiro aspecto diz respeito a relações de força específicas que conferem a estrutura e que orientam as lutas de concorrência que se inserem no campo ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar. O segundo refere-se à lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis conflitos, delimitando, assim, o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 2002, p. 211).

O campo argumentativo internacional pode ser determinado em razão das formas e protocolos estruturantes, elementos que conferem exclusividade à comunidade inserida neste campo quanto à

[6] Justiça socioambiental é um campo amplo. Não obstante, pode ser afirmada por meio de quatro elementos principais: justiça distributiva, reconhecimento, justiça processual e a teoria das capacidades. Justiça distributiva refere-se à distribuição de encargos e benefícios relacionados a intervenções ambientais. A justiça como reconhecimento diz respeito a quem é respeitado (ou não) e cujos interesses, valores e opiniões são reconhecidos e levados em consideração. A justiça processual é sobre quem está envolvido e tem influência em termos de tomada de decisão, enquanto a teoria das capacidades se concentra na medida em que as pessoas são capazes de viver a vida que consideram valiosa SCHLOSBERG, 2003, 2004e 2007.

[7] Métodos que se voltam à manifestação da autonomia absoluta do pensamento e ação jurídica, como a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

[8] Perspectivas marxistas que assumem o direito como instrumento da burguesia ou aparelho do Estado, imbricado na base das relações produtivas, como proposto por Edward Palmer Thompson.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

participação do debate e da decisão. É um campo que se fecha para os demais se utilizando de protocolos e linguagens, instrumentos a partir dos quais se reproduz.

Tais protocolos podem se materializar em normas ou regras interpretativas, por meio das quais as comunidades epistêmicas do campo compartilham um sistema de princípios internalizado que vem restringir o tipo de argumentação que reconhecem como válida (D'ASPREMONT, 2014, p. 122).

Oportuno salientar que a elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho. Essa divisão é resultado de uma lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competência, que são, a um só tempo, antagonistas e complementares. Muito embora se verifique tal caráter dicotômico, as diferentes formas de competência funcionam como outras tantas espécies de capital específico e estão associadas a posições diferentes no campo (BOURDIEU, 2002, p. 216-217).

A existência de situações conflituosas no campo jurídico operam a manutenção e organização do campo, ao passo que a sociedade reconhece este campo como a seara para a solução de tais conflitos. A sociedade e o campo jurídico apresentam-se numa relação de mutualismo para que haja uma distinção entre ambas, uma vez que a sociedade é cumplice da existência de um campo jurídico capaz de solucionar os conflitos que se lhe apresente, mas que com a sociedade não se confunde. Doutro modo, a existência de discussões trazidas pela sociedade possibilita a imposição das interpretações que se constituem no campo jurídico, as quais permitem a sua manutenção e delimitação.

A atribuição do campo jurídico e de seus atores para impor decisões e sanções, originárias de provocações ao campo por meio de protocolos e procedimentos próprios deste, demonstra o monopólio da violência simbólica legítima (BOURDIEU, 2002, p. 236). Desse modo, as regras de funcionamento do campo e a sua estruturação são mecanismos que visam resguardar a ideia de neutralidade, autonomia e universalização do campo jurídico. Os ritos funcionam para que a decisão seja vista como neutra e abstrata. O procedimento é a forma de legitimar a tomada de decisão em concreto.

Quando se propõe a solução de alguma questão controvertida ao campo, pretende-se a imposição de alguma interpretação sobre este ponto a alguém ou a alguma comunidade, o que só é possível graças ao valor simbólico do campo, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Ou seja, as estruturas estruturadas do campo jurídico, historicamente constituídas, tem o condão de determinar as interpretações sociais, observando os limites da sua correspondência com estruturas preexistentes (BOURDIEU, 2002, p. 238).

Campos estruturam os hábitos, os quais representam estímulo para ações de reprodução e estruturação do próprio campo. A sistemática capaz de afirmar qual a tese ou argumento ao se deve atribuir valor de coerência em relação ao pleito apresentado, opera dentro da lógica jurídica própria daquele campo determinado e, por esta razão, é que se pode afirmar que a ocorrência de conflitos no campo jurídico conduz à reafirmação e à manutenção do campo.

É o que Jean D'Aspromont aponta que conflitos no campo jurídico tem o papel constitutivo da autodestruição, ao identificar a existência de contradições "autodestrutivas" dentro de um sistema que busca a "autopreservação" (D'ASPREMONT, 2014, p. 685). Ao se apropriar da ideia do Direito Internacional como

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

prática argumentativa direcionada a persuasão de um público-alvo, a dimensão autodestrutiva torna-se ainda mais evidente, eis que os argumentos jurídicos empregados em um caso particular, uma vez formulados e apresentados, exaurem sua função principal de persuasão individual, dimensionando-os ao universo público do campo (D'ASPREMONT, 2014, p. 685-686).

Utilizando-se da leitura de Bourdieu (2002, p. 236), o poder simbólico no campo argumentativo internacional surge por meio das manifestações de poder capaz de determinar significações e impô-las como legítimas. Os símbolos, assim determinados pela seara em apreço, afirmam-se como instrumentos por excelência de integração social, tornando possível a reprodução da ordem estabelecida. É nesse sentindo que o sociólogo aponta a ideia de que o direito faz o mundo social, com a condição de se não esquecer que também é feito por este (BOURDIEU, 2002, p. 237).

2 As implicações da prática argumentativa internacional propostas por Jean D'Aspremont

Diante das lições de Jean D'Aspromont é possível destacar cinco implicações na prática argumentativa do Direito Internacional, são elas: o caráter de persuasão; o objetivo de universalização; a criação de hegemonia; validade social e limites disciplinares. Embora Jean D'Aspremont exponha as implicações nesta ordem, para fins deste estudo, a implicação da validade social do argumento será abordado como último ponto.

Como mencionado anteriormente, a primeira implicação diz respeito ao caráter de persuasão semântica da prática argumentativa no Direito Internacional. Esta implicação diz respeito à capacidade de convencimento dos demais, como autoridades, tribunais, organismos ou instituições[9], acerca de uma proposição que se tem como correta.

Frente à ausência de uma autoridade interpretativa no âmbito internacional, tal como ocorre na ordem doméstica, a luta pela autoridade interpretativa e a persuasão são características existenciais do campo argumentativo internacional (D'ASPREMONT, 2012, p. 575-576).

Em decorrência da prática persuasiva, tem-se a segunda implicação, que se refere ao objetivo de universalizar determinado argumento[10]. Essa implicação se manifesta na tentativa de, utilizando-se do convencimento, universalizar uma posição a respeito de determinado objeto ou interpretação, por exemplo.

Nesse contexto, oportuno ressaltar que o caráter de universalização do Direito Internacional como prática argumentativa não diz respeito aos atores, além da comunidade jurídica, aspecto que se ressalta na implicação dos limites disciplinares da comunidade do Direito Internacional. De fato, o Direito Internacional tem efeitos que podem se expandir em caráter universal. Entretanto, no que diz respeito à acessibilidade, o campo

[9] Exemplificativamente, tendo em conta que o poder interpretativo do Direito Internacional é visto como difuso (D'ASPREMONT, 2012, p. 576).

[10] Oportuno ressaltar que o caráter de universalização do Direito Internacional como prática argumentativa não diz respeito aos atores, além da comunidade jurídica, aspecto que se ressalta na implicação dos limites disciplinares da comunidade do Direito Internacional. De fato, o Direito Internacional tem efeitos que podem se expandir em caráter universal. Entretanto, no que diz respeito à acessibilidade, o campo argumentativo possui restrições comunicativas em relação aos participantes do ramo da comunidade interpretativa do Direito Internacional (D'ASPREMONT, 2012, p. 587).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

argumentativo possui restrições comunicativas em relação aos participantes do ramo da comunidade interpretativa do Direito Internacional (D'ASPREMONT, 2012, p. 587).

A partir da lógica de apriorização, da retórica da impessoalidade e da neutralidade, o argumento passa a ser revestido com fundamento de caráter transcendental às formas históricas da razão jurídica, com efeitos de neutralização e universalização (BOURDIEU, 2002, p. 215-216).

Consoante Bourdieu, o efeito da universalização é um dos mecanismos pelos quais se exerce a dominação simbólica, nesse caso, a imposição da um argumento de autoridade. Isso por que a decisão consagra formalmente o argumento e, por consequência, define valores sociais informativos universais, sendo, portanto, o direito como um instrumento de normalização da vida social por excelência (BOURDIEU, 2002, p. 246-249).

A terceira implicação, ainda que possa causar estranhamento, diz respeito ao caráter de hegemonia. Retomando as bases do campo jurídico propostas por Bourdieu, Jean D'Aspremont aponta que a prática argumentativa tem a pretensão de tornar determina posição hegemônica e esta é a condição para que o direito funcione. Ao entender o Direito Internacional como uma prática argumentativa, tem-se as implicações de que trata de uma prática persuasiva que tende a universalizar determinada posição e isso nos conduz à hegemonia.

Nesse sentido, Bourdieu propõe que o campo jurídico é um espaço de concorrência pelo monopólio de dizer o direito a partir do confronto daqueles competentes a interpretar determinado objeto, exercício que origina uma visão legítima e justa do mundo social, tal qual Jean D'Aspremont propõe para a prática argumentativa internacional (BOURDIEU, 2002, p. 212).

A última implicação versa sobre a delimitação da comunidade internacional pertencente ao campo argumentativo, isto é, a implicação de limites disciplinares. Nesse sentindo, é preciso lembrar que todos os participantes na disputa pela autoridade interpretativa e pela persuasão na prática argumentativa constituem a comunidade interpretativa do Direito Internacional delimitada anteriormente (D'ASPREMONT, 2012, p. 576). A comunidade interpretativa do Direito Internacional é constituída por um número limitado de participantes, entre os quais existe uma participação hierarquizada.

Os protocolos pertencentes ao campo filtram a participação de membros cada vez mais restritos. Aderir à comunidade do Direito Internacional não implica numa adesão à arena argumentativa internacional posto que, ainda que não existam elementos formais com critérios de elegibilidade, o próprio campo do Direito Internacional disciplina critério de adesão (D'ASPREMONT, 2012, p. 585).

A quarta implicação demonstrada por D'Aspremont diz respeito à aferição de validade do argumento a partir da ótica social. Um argumento legal não é algo objetivamente determinado, mas sim aceito pela comunidade social, ou seja, a adesão social ao argumento é o elemento que confere validade ao mesmo.

Isso ocorre por que o processo de constituição de argumentos reflete e preserva a identidade do campo social que é cumplice e condição para manutenção e existência da comunidade interpretativa do Direito Internacional (D'ASPREMONT, 2012, p. 599), como destacado anteriormente.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

3 Breve análise da implicação de validade social da prática argumentativa internacional ambiental

A partir da implicação de validade social do argumento, pretende-se analisar no presente artigo a ocorrência de tal implicação no processo de tomada de decisões que culminam na universalização de ideias ambientais internacionais. Tal questionamento advém da ideia de que a validade socialmente auferida em questões ambientais tende a coincidir com o interesse majoritariamente compartilhado de proteção ambiental, que em última análise propicia o regular exercício da sadia qualidade de vida (ONU, 1990, p.28) em uma sociedade de risco (BECK, 2013).

A responsabilidade internacional do Estado por dano ambiental, por exemplo, é um tema de complexidade[11] própria no Direito Internacional. A responsabilização estatal tem sido reforçada por Sistemas internacionais, tal como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), pela crescente demanda de casos em que direitos humanos são conexos às questões ambientais[12], caracterizando a violação ambiental como fato ilícito internacional de direito humano.

Nesse contexto, torna-se possível exemplificar a prática argumentativa em um sistema regional que inicialmente não havia previsão para a proteção ambiental. Para tanto, utiliza-se dos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), como instrumento posto na comunidade internacional que alicerça a proteção ambiental através da pratica argumentativa. Trata-se de um mecanismo importante tanto para a proteção de direitos humanos quanto para a reparação do dano ambiental, elementos conectados pelo princípio da sadia qualidade de vida.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a sadia qualidade de vida não é um direito autônomo. O direito a um meio ambiente sadio, por uma questão de jurisdição *ratione materiae* dos dispositivos da CADH, requer a instrução da causa ecológica, demonstrando a inadequação da atividade estatal de proteção ambiental. Isso por que as violações ao meio ambiente sadio não ensejam a salvaguarda imediata perante o SIDH, sendo imprescindível a ocorrência de violações a direitos reconhecidos nos instrumentos normativos interamericanos, subordinadas a um dano ambiental (TEIXEIRA, 2011. p.141).

[11] A responsabilidade internacional ambiental é um tema complexo por permear os desafios das relações internacionais: depende do reconhecimento da sua existência pelos Estados, o que pode variar de caso a caso, por exemplo, enquanto no caso *Smelter Trail*, 1931 e 1941 houve o estabelecimento de compensação por dano e reconhecimento da responsabilidade do Canada; no caso Cosmos 954 houve apenas uma compensação *lump sum,* de base voluntária e sem associação com o valor real e demandado pelo dano; não há uma estrutura centralizada, em casos mais recentes tem havido o reconhecimento do dano ambiental, a exemplo de Nicarágua x Costa Rica na Corte Internacional de Justiça (2018), mas o tema está longe de ser pacificado: com mais de 500 tratados, o Direito Internacional ambiental não é dotado de uma estrutura ou tratado unificado sobre dano ambiental, nem sobre responsabilidade dos Estados; ainda que se utilize em caráter principiológico o projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, os danos, quando reconhecidos, são normalmente associados a tratados pré-existentes ao passo que a responsabilização dos Estados dependem do reconhecimento dos Estados, além da demonstração de violação de obrigação em tratado e da existência de dano, entre outras questões. (BARBOZA, 1994-III; FINCK, 2011, p. 15; COHN, 1939-II, p. 209 ; LIMA; SCUDELER, 2015, p. 135-154).

[12] São exemplos em que a questão ambiental se conecta com algum direito humano violado: Comunidades Indigenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil (Medida Cautelar (MC) nº 282,2010); Comunidade de La Oroya x Peru (2009); Claude Reyes e outros x Chile (2006); Comunidades Indígenas Mayas del Toledo vs. Belize; Comunidades afrodescendentes do Rio Cacarica (Operação Gênesis) x Colômbia; Habitantes de la Comunidad de Omoa, Honduras (MC17/10); Pobladores de Puerto Nuevo, Perú (MC 199/09) contaminação ambiental) ; Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala MC 260-07 – água potável). Outra vertente são casos da busca pela proteção de direitos humanos (vida, segurança, integridade, etc.) de pessoas que são ameaçadas durante o curso de suas ações em prol dos direitos ambientais, são exemplos: Fred Smith e outros x Bahamas (MC 706/16); Miembros de COPINH, familiares de Berta Cáceres, Honduras (MC 112/16); Edgar Ismael Solorio Solís y otros, México (MC388/12); Familia de Javier Torres Cruz, México (MC344/08). Todos disponíveis em: www.cidh.oas.org.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Diante de tal sistema, torna-se obrigação do Estado garantir o exercício pleno dos direitos elencados na CADH (BAYLIS, J., SMITH, S., OWENS, P, 2008), por uma atuação tanto positiva, quanto negativa (BUERGENTHAL, 2000. p. 31-32), sem discriminação de qualquer origem, assim como a adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para que se confira maior eficácia do sistema de proteção interamericano (GALINDO, 2012, p. 6). Obrigação essa que uma vez descumprida, pode gerar fato ilícito internacional, fundado na ação ou omissão estatal violadora de obrigação de Direito Internacional ou até mesmo de costume internacional[13], gerando, a depender do caso, a responsabilidade internacional ambiental. Tais preceitos decorrem de cerne protetivo do sistema que propõe que toda pessoa tem atributos fundamentais inerentes à sua dignidade humana dos quais não se pode olvidar e, em consequência, são superiores ao poder do Estado, o qual deve primar, nesse contexto, pela proteção ambiental (CORTE IDH, 2003, par.73).

Muito embora a proteção ambiental goze de amplo reconhecimento, ainda é possível perceber violações ambientais cometidas sob o manto da soberania estatal, manifestando-se em dispositivos normativos e instituições domésticas inefetivas, que amparam o objetivo precípuo de obtenção de capital inconsequente em detrimento ao meio ambiente (FREITAS, 2011, p. 24-25).

De tal maneira, em se considerando a prevalência do interesse econômico, bem como a reafirmação de tais interesses por atores internacionais para uma análise de eficiência econômica na tomada de decisões em questões ambientais, estaria a proteção ambiental internacional condicionada a uma aceitação social nos termos da prática argumentativa? Ou ainda, seria realmente necessário que a validade do argumento seja verificada em termos de aceitação social para que se estabeleça a implicação da hegemonia ou poderia o Direito Ambiental Internacional exercer um papel contra majoritário em termos de interesse social?

À título de exemplificação, o Caso “Claude Reyes e outros vs. Chile” e o Caso “Comunidades Del Pueblo Maya Sipakepense Y Mam De Los Municipios De Sipacapa Y San Miguel Ixtahuacán vs. Guatemala” retratam o reconhecimento ao direito humano à informação em matéria ambiental, direito à consulta prévia e informada e a proteção ambiental. Já o Caso Comunidade de “La Oroya vs. Peru” suscitou o descumprimento de normas ambientais como violação a direitos humanos, por violações provocadas por um complexo metalúrgico estatal contra os direitos à vida, integridade pessoal, honra, dignidade, liberdade de pensamento e expressão, garantias judiciais, todos contemplados pela Convenção Americana de Direitos Humanos. No mesmo sentido, o caso “Pobladores de Puerto Nuevo” (Medida Cautelar 199/09) ilustra a adoção de medidas para evitar a continuidade do dano ambiental e a exigência do Estado em cumprir com suas obrigações. Nesse caso, a Comissão solicitou a adoção de medidas para suspender as atividades de armazenamento e transporte de chumbo, além da descontaminação do povoado causada pelo metal.

A fim de traçar algumas considerações a este respeito a partir das lições de Jean D’Aspremont, duas proposições podem ser apresentadas. A primeira delas é que, de fato, uma hegemonia em termos universalizados quanto ao interesse ambiental nunca será estabelecida, tendo em conta que se trata de uma

[13] Se amplamente considerado, nos termos do artigo 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, dentre outras disposições.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

pretensão que é frequentemente contestada em razão da não aceitação da comunidade em relação aos termos impostos.

A segunda proposição, diz respeito ao que já se apresenta no âmbito internacional como um interesse socialmente válido, tendo em conta a cristalização de tal decisão em instrumentos positivados no Direito Internacional. Isso significa que os instrumentos de proteção ambiental já estabelecidos são o ponto de partida para a construção de novos argumentos ambientais a se estabelecerem de acordo com os interesses que se pretende, pois é a partir de tais instrumentos que se fornece o significado e propósito de aplicação de tal argumento.

Não se pretende dizer aqui que deva se estabelecer uma relação de aceitação com os instrumentos já cristalizados, mas sim da necessidade de conhecê-los, para então, a partir da existência destes, propor a interpretação que coaduna com o interesse consubstanciado na prática argumentativa consistente.

Não se deve olvidar que a validade socialmente aferida está sujeita a todas as implicações anteriormente estudadas, ou seja, o interesse social sofre influências de ordem persuasiva, seja esta produzida pela comunidade internacional ou empresarial, de modo que este pode não coincidir com o interesse democrático. Nos casos em análise, há uma notória percepção de que a proteção ambiental se apresenta de modo conexo à violação de algum direito humano, protegido pela CADH, condição para que a causa seja apreciada. Esse fator revela a necessidade de violação a um bem jurídico compreendido como essencial à vida, mas não enseja a proteção do meio ambiente como um bem jurídico a ser tutelado, uma vez que o interesse jurídico de proteção é pautado em uma lógica antropocêntrica.

De tal modo, pode-se afirmar que a condição de validade argumentativa socialmente verificada tem caráter maleável, suscetível à influência de atores não estatais para o arbitramento de questões ambientais. Por essa razão é que se afirma que o elemento de validade social não pode ser entendido como um interesse democraticamente compartilhado, tendo em vista a imposição do tal interesse, bem como a reprodução induzida do mesmo a partir de meios persuasivos, com objetivo de reafirmação discursiva do elemento de validade na arena argumentativa.

Considerações finais

O Direito Internacional pode ser analisado através da prática argumentativa internacional. As contribuições de Pierre Bourdieu para a compreensão do campo jurídico são perfeitamente aplicáveis à seara internacional ao considerar a forma como o desenvolvimento do universo social da arena argumentativa ocorre nesse âmbito. Soma-se a essas contribuições a organização em implicações da prática argumentativa proposta por D'Aspremont, dentre as quais, em questões de fundo ambiental, destaca-se a de validade do argumento por sua implicação de interesse social.

Verifica-se que o campo argumentativo internacional possui protocolos estruturantes que o delimitam em relação ao campo social por uma relação de cumplicidade e reconhecimento mútuo. Essa relação possibilita a manutenção do campo jurídico, na medida em que o distingue dos demais, bem como afirma a constante reestruturação do campo a partir de conflitos de interesses socialmente estabelecidos. Tais conflitos culminam

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

na imposição de decisões, pretensamente neutras, pautadas na ética e técnica que compõe o protocolo do campo, demonstrando a manifestação do monopólio da violência simbólica legitimada por aspectos morais.

A partir das lições de Pierre Bourdieu e da lógica de autodestruição e autopreservação do Direito Internacional, Jean D'Aspremont destaca a ocorrência de algumas implicações na prática argumentativa internacional, são elas: o caráter de persuasão; o objetivo de universalização; a criação de hegemonia; validade social e limites disciplinares.

No que diz respeito à implicação de validade social do argumento, importante se faz indagar quanto à ocorrência do mesmo no que se refere à questões ambientais. Isso por que, muito embora a questão ambiental seja de interesse social compartilhado, não raro, decisões internacionais optam pela lógica de eficiência ecológica, desprivilegiando a proteção ambiental pela análise de risco aceitável.

De tal modo, questiona-se se, de fato, a validade social do argumento ocorre no Direito Internacional ambiental. Tal indagação conduz a duas proposições principais, visto que o estabelecimento de hegemonia em questões ambientais muito dificilmente ocorrerá de modo completamente aceito, tendo em conta a existência de interesses conflitantes, marcadamente protetivos e econômicos. A segunda aponta o caminho a ser percorrido a fim de que se estabeleça e se reafirme no ambiento internacional a cristalização do interesse pretendido, manifestado por meio da uma trama argumentativa consistente, que é a utilização dos instrumentos já estabelecidos, seja para trazer forças à sua interpretação ou, ainda, para que seja sobreponha aos interesses neles positivados.

Tais afirmações conduzem a algumas considerações no que diz respeito ao interesse social aferido para fins de validade social do argumento. Isso por que, ao se inserir numa lógica argumentativa, os próprios interesses sociais podem ser induzidos por práticas persuasivas, sejam estes de atores públicos ou não estatais, como de empresas multinacionais extrativistas.

Conclui-se que a condição de validade argumentativa socialmente verificada tem caráter maleável. Tal afirmação deve-se à possibilidade de influências de atores não estatais para o arbitramento de questões ambientais, razão pela qual não pode ser entendido como um interesse democraticamente compartilhado, mas sim argumentativamente construído de acordo com os protocolos e instrumentos postos para que seja possível discutir e decidir uma questão. Nesse sentido é pode-se entender que, devido a possibilidade de indução de um pretenso interesse no campo social, por meio de uma construção argumentativa, é possível que tal implicação seja formatada com objetivo precípuo de reafirmação discursiva do elemento de validade na arena argumentativa.

Referências

BARRAL, Virginie, DUPUY, Pierre-Marie. *8 principle 4.* **The Rio Declaration on Environment and Development***:* A Commentary. Org. Jorge E. Viñuales. Oxford Public International Law. Oxford University Press, 2015.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

BARBOZA, Julio, International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment, **The Hague Academy of International Law**, Recueil des Cours, Volume 247 (1994-III) , chapitre III et IV.

BAYLIS, J., SMITH, S., OWENS, P. **The globalization of world politics**. Oxford University Press. 4 ed. Nova Iorque, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 209-242, set./dez. 2018

BOURDIEU, Pierre. A gênese dos conceitos de habitus e de campo. In: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 5 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência**: por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: UNESP, 2004.

BUERGENTHAL, Thomas. The interamerican system for the protection of human rights, In Theodor Meron (ed.), Human rights in international law - Legal and policy issues. Oxford: Claredon Press, 1984. In **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. Coord. Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

COHN, M.G., La théorie de la responsabilité internationale, **The Hague Academy of International Law**, Recueil des cours, Volume 68 (1939-II).

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericana**, 2010, p. 2.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe nº. 20/14. Petición 1566-07. Admisibilidad**. Comunidades del Pueblo Maya Sipakepense y Mam de los Municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán vs. Guatemala. 3 de abril de 2014. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/GTAD1566-07ES.pdf. Acesso em: 20 maio 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Cautelares,** 2010. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp. Acesso em: 20 maio 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe nº. 76/09, Petición 1473-06, Admisibilidad**, Comunidad de la Oroya, 2009. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru1473-06.sp.htm. Acesso em: 20 maio 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Anual De La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. 2009. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3e2.09.sp.htm. Acesso em: 20 maio 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe de nº. 69/04***,* caso das comunidades indígenas San Mateo Huanchor contra o Peru, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 05, rev. 01, de out. de 2004, pars. 42-43.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Comunidades Indígenas Maias v. Belize**. 12 out. 2004, par.196.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ramón Martínez Villareal vs. Estados Unidos da América***.* Relatório Anual da CIDH de nº. 52/02. par.60.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de 29 de jul. 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso das comunidades indígenas Yakye Axa contra o Paraguai,** sentença de 17 de jun. 2005, Série C, nº. 125.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericana**, 2010, p. 8.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva (OC) de nº. 10/89**. 14 de jul. de 1989, Série A, nº. 10, par. 37.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva (OC) de nº. 01/82**. 24 de set. de 1982, Série A, nº. 1, pars. 21 e 43.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva (OC) de nº. 16/99**. 01 de out. de 1999, Série A, nº. 16, pars. 76 e 115.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ***Opinião Consultiva (OC) de n°. 18/03*** *sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Imigrantes Irregulares*, de 17/09/2003.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case Concerning The Gabcikovo-Nagymaros Project**. voto do vice-presidente da Corte, o juiz Christopher Gregory Weeramantry, 1997.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso Relativo às Fábricas de Celulose no Rio Uruguai (Argentina v. Uruguai)**. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)** – Provisional Measures, 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicarágua) and Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicarágua v. Costa Rica)**. 2015.

D'AMATO, Anthony. Groundwork for International Law. **American Journal of International Law**; Northwestern Public Law Research Paper. 2014.

D'ASPREMONT, Jean. Wording in International Law 25. **Leiden Journal of International Law**, 2012.

D'ASPREMONT, Jean. The Idea of 'Rules' in the Sources of International Law. **The British Yearbook of International Law**. 2014.

D'ASPREMONT, Jean. Send Back the Lifeboats: Confronting the Project of Saving International Law. **American Journal of International Law**. 2014.

D'ASPREMONT, Jean. **Fundamental Concepts for International Law**: The Construction of a Discipline, Cheltenham: Elgar, 2016.

DINIZ, Pedro Ivo. Natureza jurídica do desenvolvimento sustentável no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

FERRAZ, Deise Brião. O que é justiça socioambiental? in. **Raízes Jurídicas**. v. 9. n. 2. 2017.

FINCK, François. **L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale**, Thèse: Droit, Université de Strasbourg, École Doctorale Droit, Science Politique et Historie, 2011.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, n. 2, 2012.

JUAREZ FREITAS. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMA, Gabriela Garcia Batista; SCUDELER, M. A responsabilidade internacional ambiental na Corte Internacional de Justiça: a proteção ambiental transfronteiriça como diligência devida. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, v. IV, p. 135-154, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **45ª Sessão Doc. A/RES/45/94**, Need to Ensure a Healthy Environment for the Well Being of Individuals, 1990.

SCHLOSBERG, D. The justice of environmental justice: reconciling equity, recognition, and participation in a political movement. A. LIGHT, A. DE-SHALIT (eds.), **Moral and Political Reasoning in Environmental Practice**. Cambridge: MIT Press, 2003.

SCHLOSBERG, D. Reconceiving environmental justice: global movements and political theories. **Environmental Politics**, v.13, n. 3, 2004.

SCHLOSBERG, D. **Defining Environmental Justice**: Theories, Movements, and Nature. Oxford University Press, Oxford, 2007.

UNIVERSITY OF OREGON. **International Environmental Agreements (IEA) Database Project**. Disponível em: https://iea.uoregon.edu/. Acesso em: 09 fev. 2020.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Controle de convencionalidade e ativismo judicial: o papel do Judiciário como garantidor de direitos humanos

Conventionality control and judicial activism: the role of the Judiciary as guarantor of human rights

Angela Jank Calixto
Doutoranda em Direito do Estado (USP)
Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo, São Paulo, Brasil
E-mail: angelajcalixto@gmail.com

Renata Alves Amorim
Doutoranda em Direito Público (UC)
Universidade de Coimbra (UC)
Coimbra, Província da Beira Litoral, Portugal
E-mail: renata_2a@hotmail.com

Luciani Coimbra de Carvalho
Doutora em Direito (PUC/SP)
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)
Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: lucianicoimbra@hotmail.com

Resumo: Apesar da relevante função do Poder Judiciário na garantia de direitos humanos, as decisões proferidas pelas cortes brasileiras têm gradativamente se afastado da esfera da competência típica atribuída a tal esfera de Poder. Diante da relevância da análise das problemáticas do ativismo judicial, busca-se, por meio da adoção do método dedutivo e da condução de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, evidenciar o que pode ser concebido como ativismo judicial e analisar se o Judiciário brasileiro adota postura ativista quando do exercício do controle de convencionalidade das normas internas com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Conclui-se que a função atípica exercida não deve ser vista como mecanismo pernicioso, mas sim como uma atuação judicial consciente, cujo exercício permite a maximização da proteção de direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Ativismo judicial. Direitos humanos.

Abstract: Despite the relevant role of the judiciary in guaranteeing human rights, the decisions handed down by the Brazilian courts have gradually moved away from the typical sphere of jurisdiction to the courts attributed. Given the relevance of the analysis of the problems of judicial activism, it is sought, through the adoption of the deductive method and the conduction of a qualitative, bibliographical and documentary research, to highlight what can be conceived as judicial activism and analyze if the Brazilian judiciary adopts an activist attitude when exercising the conventionality control of the internal norms with the human rights treaties ratified by the country. It is concluded that the atypical function exercised by the judiciary should not be seen as a harmful mechanism, but as a conscious judicial action, whose exercise allows the maximization of the protection of human rights.

Keywords: Conventionality control. Judicial activism. Human rights.

Data de recebimento: 27/02/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

Apesar dos avanços na ordem social a partir do processo de redemocratização brasileiro e da inserção do Brasil no sistema internacional de proteção de direitos humanos na mesma época, denota-se que o país ainda padece, na área social, de inúmeros problemas. Diante disso, a discussão acerca da necessidade da tomada de medidas concretas para lidar com problemáticas na ordem social encontra-se constantemente em pauta, exigindo reflexões, sobretudo com relação ao papel dos Poderes do Estado na reversão de injustiças sociais, a fim de tornar efetiva a devida tutela dos direitos humanos garantidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil quanto à temática.

O Poder Judiciário brasileiro possui papel essencial para a concretização de tal objetivo, sobretudo em razão de se verificar que há uma patente omissão das demais esferas do Poder em tornar concretos tais direitos. Contudo, observa-se que apesar de seu relevante papel, o Judiciário tem gradativamente emitido pronunciamentos que se afastam da esfera de sua competência típica, pronunciamentos esses caracterizados pela doutrina como ativistas, na perspectiva de sinônimo de ilegitimidade, gerando preocupações entre juristas em geral.

É diante de tal assertiva que, no momento atual, no qual se acentua de forma considerável o ônus argumentativo da função contramajoritária do Poder Judiciário, se justifica um esforço acadêmico de revisitar o tema do ativismo judicial, sobretudo no que diz respeito ao seu exercício para a efetivação de direitos humanos.

Nesse tocante, considerando o advento da doutrina do controle de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH), que salienta a imprescindibilidade de os juízes nacionais empreenderem esforços para compatibilizar a legislação interna com a internacional, justamente para a garantia do efeito útil das normas internacionais no que diz respeito à proteção de direitos humanos, denota-se a imprescindibilidade de analisar tal ativismo e a possibilidade de seu empreendimento no exercício de tal controle.

Diante disso, objetiva-se com este trabalho analisar as problemáticas do ativismo judicial e do papel do Judiciário enquanto garantidor de direitos humanos por meio do controle de convencionalidade das normas internas com as normas e jurisprudência internacional. Procura-se identificar o ativismo como um fenômeno neutro que, apesar de ser comumente utilizado para desqualificar decisões, pode mediar a transformação social e a concretização de direitos humanos no contexto social brasileiro, desde que desenvolvido em uma perspectiva de construção decisória coerente e programática.

Para os propósitos desta pesquisa, inicialmente são efetuadas reflexões acerca das mudanças operadas no âmbito Direito a partir do constitucionalismo contemporâneo, com o fim de identificar a aproximação do direito doméstico com internacional e identificar o porquê de haver atualmente a necessidade de o Judiciário buscar tornar efetivos e concretamente proteger os direitos humanos. Posteriormente, são tecidas reflexões relativas ao mecanismo do controle de convencionalidade e da exigência de sua efetuação, como decorrência da vinculação do Estado brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, é realizada uma análise do ativismo judicial, buscando

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

correlacioná-lo ao controle de convencionalidade e procurando identificá-lo como necessário em um sistema marcado por mazelas sociais, como é o caso do cenário brasileiro.

Quanto ao procedimento metodológico, será adotado o método dedutivo e será promovida uma pesquisa qualitativa que, no tocante aos seus objetivos, possui eminente cunho exploratório e descritivo e que, no tocante aos seus meios, caracteriza-se por ser uma pesquisa de caráter bibliográfica e documental.

Importante destacar que não é objeto desta pesquisa analisar os êxitos ou os infortúnios do Judiciário brasileiro, mas verificar crucialmente os desdobramentos do ativismo judicial no Brasil e alinhá-lo com a necessidade de efetivação de direitos humanos. Em tempos dinâmicos de transformação da realidade contemporânea, as questões relacionadas a direitos humanos se ampliam vertiginosamente, de forma que a preocupação com o papel do Judiciário e sua atuação como ferramenta essencial, torna-se imprescindível.

1 Constitucionalismo contemporâneo e proteção de direitos humanos: a relevância do judiciário na efetivação de direitos

Para que se entenda o relevante papel assumido pelo Poder Judiciário na contemporaneidade e para que seja possível se evidenciar o porquê de se entender que as cortes domésticas são atualmente as mais capacitadas para garantir a efetividade das normas internacionais de proteção de direitos humanos, é necessário que se discorra, primeiramente, acerca das mudanças pelas quais passou o constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX, mudanças essas que levaram à concretização da proteção dos direitos humanos como objetivo primordial no Estado Democrático de Direito e à aproximação entre o direito doméstico e o internacional.

A compreensão do constitucionalismo contemporâneo e da interdependência entre o direito doméstico e o internacional permite um exame crítico do papel do Poder Judiciário e do fenômeno do ativismo judicial, o qual, apesar de não ser objeto de definição ou teoria única e pacífica, em termos gerais indica a expansão da atividade jurisdicional em espaços e limites atípicos, expansão essa característica do constitucionalismo contemporâneo.

Nesse tocante, insta salientar que o constitucionalismo, denominação atribuída ao movimento político-jurídico-social que causou a evolução do conceito de Constituição e de seu conteúdo, é marcado por um processo evolutivo composto de três fases principais. A primeira fase, do *constitucionalismo liberal,* era marcada pela defesa do Estado de Direito, ou seja, da preeminência da lei sobre a vontade dos indivíduos e governantes, defesa esta destinada ao enfrentamento das monarquias absolutistas existentes e a qual acabou por realçar a importância da lei e do legislador em seu papel de limitação ao abuso de poder. Em contrapartida, a segunda fase, do *constitucionalismo social* era marcada pelo fato de se acentuar o papel do Estado na transformação da realidade social, por meio da promoção da saúde, educação e previdência social, de forma a defender os interesses da coletividade (CONCI, 2012).

As duas fases acima mencionadas eram basicamente voltadas para o âmbito nacional, fato que implica a consideração de que não eram as Constituições limitadas por qualquer força externa, de modo que havia

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

grande possibilidade de manipulação dos valores defendidos em cada fase pelos integrantes do Estado (CONCI, 2012).

É diante dessa consideração que a discussão acerca da legitimidade do governo ganha espaço, fato que culmina no surgimento de uma nova etapa do processo de constitucionalismo, fase na qual há uma mudança de paradigma, a partir da qual se cria uma nova percepção da Constituição e de seu papel na proteção dos direitos e na interpretação jurídica em geral (FIGUEIREDO, 2008).

Essa nova fase do constitucionalismo contemporâneo surgiu, essencialmente, após a Segunda Guerra Mundial, visto que a partir de então se percebeu que o constitucionalismo clássico, caracterizado pelo aspecto absenteísta da Constituição e pela supremacia do Parlamento, era insuficiente para a garantia da observância dos preceitos consagrados pelas Constituições e para se assegurar a proteção dos direitos tidos como fundamentais para todos os homens.

Surge ela, pois, conjuntamente com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em resposta às atrocidades cometidas no período e como forma de assegurar a proteção desses direitos pelas Constituições nacionais. É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que "no âmbito do Direito Constitucional ocidental são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana" (PIOVESAN, 2013, p. 87), de modo a implicar a necessidade de coexistência entre a normatividade nacional e a internacional, em função da proteção dos direitos humanos. Como frisado por Conci (2012, p. 12),

> O final das duas grandes guerras ocorridas na primeira metade do século XX proporcionou um reavivamento da teoria constitucional, fruto de equívocos e excessos ocorridos em um período marcado por violentas projeções autoritárias contra a dignidade humana, marcadas pela sólida construção de ordenamentos jurídicos habilitantes, fundados em um positivista normativista que apelava demasiadamente para uma análise meramente formal do direito em detrimento de uma percepção prevalentemente substancialista do fenômeno jurídico.

Além disso, surge em razão do advento e disseminação de teorias pós-positivistas[1] do direito no mesmo período, em contraposição às teorias positivistas[2] que imperavam durante o período do constitucionalismo clássico, defendendo a atribuição de caráter normativo aos princípios e a reinserção de valores morais no direito, como exigência da consagração dos ideais de justiça e para se evitar a ocorrência de novas atrocidades, como as ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Essa nova fase encontra-se associada a um "efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico", de modo que a partir desse

[1] Como principais teóricos desse novo movimento, temos Ronald Dworkin (*Taking rights seriously, 1977),* John Rawls (*A theory of justice, 1980)*, Gustavo Zagrebelsky *(El derecho ductil, 1992)* e Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales, 1985)*. Destaca-se o posicionamento de Dworkin, um dos percussores do novo movimento, o qual, em sua teoria do direito passa a reinserir os princípios como normas jurídicas vinculantes do Direito. Desse modo, para o autor e pós-positivistas em geral, a moralidade encontra-se evidente no direito, ante o fato de os princípios possuírem força normativa, princípios estes que devem ser observados por uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002).

[2] O positivismo jurídico, modernamente, originou-se dos pensamentos de Augusto Comte, este considerado por muitos como o fundador do positivismo jurídico, tendo em Hans Kelsen e em Herbert Hart seu apogeu. Kelsen, considerado um dos principais positivistas existente, entendia que para uma norma ser considerada válida apenas seria necessário que ela fosse criada de acordo com os procedimentos formais de criação previstos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a norma não se submeteria a qualquer juízo valorativo, havendo uma estrita separação entre o direito e a moral, a moral devendo ser tida como extrínseca ao ordenamento jurídico (KELSEN, 1998).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

novo movimento do direito constitucional os valores e comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade de todas as demais normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2005, p. 12-13).

É nesse sentido que se lançam as bases para a conformação de um novo paradigma de interpretação constitucional no período pós-guerra, não mais somente ligado à ideia de limitação do poder do Estado, mas também e essencialmente ligado à busca da defesa do conteúdo material da Constituição. A partir de então há uma ruptura com o constitucionalismo liberal de previsão meramente formal do direito, objetivando-se a garantia material de direitos fundamentais a todos (VALE, 2009) e uma convergência normativo-axiológica entre o direito e a moral.

Inclusive, em razão de tal convergência, no âmbito do constitucionalismo do século XXI também ganha extrema relevância a questão interpretativa, a qual passa a constituir o centro de qualquer questão relativa ao tema de direitos fundamentais (CARBONELL, 2013). Há uma atribuição de uma maior importância aos processos de aplicação do direito, com a conferência de um papel decisivo aos juízes na interpretação legal para fazer valer direitos fundamentais, mesmo em contraste com as decisões legislativas e com a lei.

Frisa-se que além de pregar a interpretação da Constituição vinculada aos princípios, defender a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento, sugerir o ativismo judicial (em especial da jurisdição constitucional) para fazer valer os valores morais, as modificações operadas também acabaram por levar à abertura da Constituição aos direitos humanos, para fazer frente aos desafios sociais, econômicos, ambientais e políticos pelos quais passa o Estado (RAMOS, 2012), já que, ao inserir princípios, a moralidade e aspectos materiais no âmbito do direito constitucional, positiva tais direitos e reforça a necessidade de sua completa observância por todos.

Nesse novo momento do constitucionalismo, os direitos constantes das Declarações de Direitos passam a ser inseridos nas Constituições dos Estados, referidas declarações passando, por conseguinte, a se incorporar à história do constitucionalismo (PIOVESAN, 2013), consagrando, definitivamente, a exigência da efetiva proteção dos direitos fundamentais pelas Constituições.

Há, nesse sentido, um evidente processo de internacionalização do direito constitucional, por meio da positivação dos direitos fundamentais na norma de mais alto escalão do ordenamento jurídico interno. No âmbito do direito constitucional brasileiro, esse processo opera-se a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e da redemocratização do governo do país no período. Isso porque a partir de então há um indiscutível avanço na consolidação de direitos e garantias fundamentais na carta constitucional e na proteção de setores vulneráveis da população brasileira. Após tal período, acentua-se a preocupação da Constituição brasileira em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo para a justiça social, de modo que se percebe a importância conferida pela Constituição de 1988 aos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Ainda, além da tendência das Constituições nacionais em adotar princípios do ordenamento jurídico internacional relacionados à proteção dos direitos humanos, evidencia-se nessa nova fase uma tendência de vincular de modo mais concreto o direito nacional às normas internacionais. Tal fato pode ser observado em diversos ordenamentos jurídicos, Herdegen (2010) citando como exemplo o fato de a maioria dos países

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

estipular condições para a validação interna dos tratados internacionais, consagrar, em âmbito constitucional, o postulado da primazia da proteção dos direitos humanos previstos em convenções internacionais, bem como, em especial, conceder validade e hierarquia privilegiada aos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Denota-se que em sua essência a abertura das Constituições nacionais encontra-se relacionada, em sua essência, ao processo de inserção de normas tendentes a conferir uma posição privilegiada aos tratados de direitos humanos e ao estabelecimento da necessidade de sua observância obrigatória em todas as instâncias, para assegurar a devida tutela de tais direitos, mesmo que não previstos expressamente nas Constituições domésticas, mas sim em normas internacionais.

É nesse cenário, em que os países passam a assegurar um tratamento especial aos direitos e garantias previstos em instrumentos internacionais (mesmo que de forma diferenciada, já que alguns conferem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos enquanto outros apenas conferem hierarquia supralegal), que se percebe um processo de internacionalização do direito constitucional e, como frisado por Nogueira Alcalá (2011), de formação de um sistema em que há dois diferentes níveis de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o nacional (constitucional) e o internacional (convencional).

No caso brasileiro, é a partir da Carta de 1988, como destacado, que se institucionaliza e instaura um regime político democrático no país, a Constituição avançando indiscutivelmente na consolidação de direitos e garantias fundamentais e os direitos humanos ganhando relevo extraordinário (PIOVESAN, 2013). A Constituição de 1988 inaugurou uma nova era do constitucionalismo brasileiro, encerrando o ciclo autoritário que dominou o país até meados da década de oitenta (FIGUEIREDO, 2008).

Contribuição essencial é a inserção dos §§2º e 3º (este último por meio da EC nº 45/2004), no art. 5º, da CF[3], de forma a conferir maior primazia aos tratados de direitos humanos no direito interno. Neste ponto, insta salientar que não se ignoram as divergências doutrinárias surgidas com relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro a partir da inserção de tais normas, discussões estas não completamente solucionadas, alguns teóricos ainda defendendo a hierarquia constitucional, enquanto outros defendem a hierarquia meramente supralegal de tais tratados. Entretanto, considerando o foco deste trabalho, não se discorrerá sobre a questão, bastando destacar que tais cláusulas, de uma forma ou outra evidenciam uma abertura do direito interno ao internacional.[4]

[3] Art. 5º (...).§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[4] A discussão referente à hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil constitui um dos assuntos mais discutidos no país no tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Evidencia-se, em síntese, a existência de quatro posições diversas: a) a hierarquia meramente legal de todos os tratados, posição esta defendida a princípio pelo STF a partir da decisão tomada no RE 80.004, de 1977; b) a hierarquia supralegal, porém infraconstitucional, dos tratados de direitos humanos, atual posicionamento do STF; c) a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, ante a aplicação irrestrita do §2º do art. 5º da CF, posicionamento este defendido por importantes teóricos como Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan e que é adotado por inúmeros estudiosos de direitos humanos; e d) a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, por se considerar serem as normas internacionais hierarquicamente superiores às normas internas e se considerar redundante o §2º do art. 5º da CF, posicionamento esse defendido por Celso de Albuquerque. Ainda, após a introdução do §3º do art. 5º da CF por meio da Emenda Constitucional nº 45/2003 iniciaram-se novos debates, estes relativos à existência de diferenças no tocante à posição hierárquica dos tratados aprovados anteriormente a sua promulgação e à existência de tratados meramente formais ou materialmente constitucionais.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Frisa-se, contudo, que a inserção de tais parágrafos no art. 5º da Carta Constitucional brasileira não corresponde ao único avanço existente na CF que acaba por aproximar o direito constitucional do direito internacional. Destaca-se, nesse tocante, que outras contribuições essenciais dizem respeito ao alargamento do campo dos direitos e garantias fundamentais (produto da evolução do constitucionalismo acima mencionada), o que se percebe da mera análise do preâmbulo da carta constitucional[5], e ao fato de se estabelecer, dentre os fundamentos e objetivos visados pelo Estado Democrático de Direito, a proteção de direitos fundamentais de essencial importância, como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, e o fim de concretizar políticas destinadas a assegurar, na prática, essa dignidade (art. 1º a 3º da CF/1988)[6]. Tais previsões demonstram a preocupação do Estado brasileiro em assegurar o bem-estar da pessoa humana, como forma de se garantir justiça social, preocupação esta ainda reafirmada ao se elevar tais direitos e garantias à categoria de cláusulas pétreas[7].

Além disso, no tocante à internacionalização constitucional, percebe-se que a Constituição de 1988 é a primeira a estabelecer uma série de princípios destinados a guiar o país nas relações internacionais (art. 4º, da CF)[8], sendo, inclusive, a primeira a positivar a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental regulador das relações internacionais do Estado brasileiro. Nesse tocante, consagra-se definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro o respeito aos direitos humanos como paradigma e a implicar uma abertura da ordem interna aos sistemas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Ainda, outro importante avanço se deu a partir da constitucionalização de remédios constitucionais (mandado de segurança, *habeas data, habeas corpus* e mandado de injunção), além de mecanismos de controle de constitucionalidade, os quais permitiram um incremento da atividade judicial no controle de omissões e ações da Administração Pública e do Poder Legislativo, como forma de assegurar a concretização de direitos fundamentais. O aumento do papel dos juízes nacionais a partir das reformas constitucionais promoveu, dessarte, meios para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, já que cria óbices à tomada de medidas que promovam retrocessos no campo de direitos fundamentais (CONCI, 2012).

A prevalência conferida aos direitos humanos pela Constituição brasileira contribuiu para a reinserção do país na agenda global, sobretudo ante o fato de conduzir à ratificação, pelo país, de inúmeros instrumentos

[5] Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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 supremos 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[6] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[7] Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV - os direitos e garantias individuais.

[8] Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

internacionais de proteção dos direitos humanos[9] e ante o fato de levar à adesão do país a alguns mecanismos de controle de sua atuação na proteção de tais direitos, mecanismos estes destinados a conferir aplicabilidade às normas de proteção internacionais e internas existentes[10].

Com a inserção de cláusulas de abertura na Constituição, concretiza-se a aproximação das legislações nacionais ao direito internacional. Ainda, promove-se uma ampliação da proteção interna dos direitos humanos, com vistas à consolidação de um sistema no qual estes são protegidos em todas as esferas, independentemente de se previstos nas Constituições internos ou nas normas internacionais que regem a matéria.

De todo modo, o que há de se apreender é que a partir da segunda metade do século XX consolida-se um sistema em que o direito internacional e o direito interno convergem para a proteção de direitos fundamentais ao indivíduo, a relação entre tais ordens constituindo, como frisado por Balaguer Callejón (2003), uma consequência natural do pluralismo ordimental.

Neste contexto, a atividade jurisdicional passa a exigir sua análise em um âmbito que transcende o nacional e engloba o internacional, já que o *judicial review* passa a ter os direitos humanos como parâmetro. Assim, evidenciado o encontro entre distintas ordens jurídicas e a exigibilidade de interação entre o nacional e o internacional, exige-se o estabelecimento de pontes de comunicação entre tais sistemas jurídicos, com procedimentos específicos para a interação, como ocorre por meio do mecanismo do controle de convencionalidade, tratado a seguir.

2 Controle de convencionalidade: a obrigatoriedade de sua promoção pelas autoridades domésticas

Diante da evolução do constitucionalismo contemporâneo e da necessidade do estabelecimento de procedimentos próprios para a interação jurídica entre os sistemas jurídicos domésticos e internacionais, desenvolveu-se no âmbito do Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) um mecanismo específico destinado à busca pela compatibilização da legislação e decisões judiciais domésticas dos países que pertencem ao SIDH com a Convenção Americana de Proteção dos Direitos Humanos (CADH) e com as decisões da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos (Corte IDH) (MAZZUOLI, 2009),

[9] Há nesse período, a adesão do Brasil à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989), à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989), à Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992), ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992), à Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995), ao Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (1996), ao Protocolo de San Salvador (1996), à Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (2001), ao Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (2002), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2004), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis (2004), ao Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (2007) e ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (2009).

[10] Como destacado por Ramos (2016), até o momento constata-se, no tocante a tais mecanismos de controle, que o Brasil: a) reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998); b) ao aderir ao Protocolo Facultativo da Convenção para a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher conferiu a seu Comitê o poder de receber petições individuais de vítimas aos direitos na Convenção previstos (2002); c) reconheceu o poder do Comitê para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial de receber denúncias (2002); d) reconheceu a competência do Comitê contra a Tortura e do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência de receber e analisar petições de vítimas contra o Brasil (2006 e 2007, respectivamente); e, por fim, e) permitiu a apresentação de petições individuais, contra o Brasil, pelas vítimas de direitos civis e políticos, ao aderir, em 2009, ao Protocolo Facultativo de Direitos Civis e Políticos.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

sobretudo para a garantia do efeito útil das normas convencionais e da jurisprudência interamericana e para a integral proteção do indivíduo em todos os âmbitos.

Trata-se do controle de convencionalidade, o qual, originado na França na década de 70, encontra-se bastante desenvolvida e consolidada no âmbito do SIDH, nos últimos anos tendo havido uma grande expansão na jurisprudência interamericana de entendimentos tendentes a consolidar a imprescindibilidade de sua promoção para a própria eficiência do sistema, seja a partir dos pronunciamentos da Corte IDH[11] ou das cortes constitucionais domésticas dos Estados[12] pertencentes a tal sistema.

Referido controle possui estrita correlação com o controle de constitucionalidade exercido no âmbito doméstico (apesar de possuírem algumas diferenças[13]), defendendo-se que no cenário atual de interdependência entre o nacional e o internacional, o Judiciário brasileiro, enquanto garantidor da legalidade e constitucionalidade das normas domésticas é responsável por um duplo controle, ou seja, é responsável não apenas pelo controle de constitucionalidade das normas internas, mas também pelo controle de convencionalidade de tais normas (CONCI, 2012).

Nesse aspecto, considerando a constatação de que o Judiciário brasileiro tem adotado uma conduta além de suas funções típicas, configurando inevitavelmente uma atuação ativista, e tendo em vista que tal postura fortaleceu-se a partir da atribuição da responsabilidade, ao Judiciário, de efetuar o controle de constitucionalidade e convencionalidade das normas domésticos, torna-se viável a discussão acerca do ativismo judicial também quando se fala de controle de convencionalidade, quando de seu exercício pelos juízes domésticos. Assim, passa-se a apresentação de alguns esclarecimentos iniciais breve acerca do instituto do controle de convencionalidade, para, no próximo tópico, buscar correlacionar este ao ativismo judicial, foco deste trabalho.

Insta pontuar que no Sistema Interamericano o controle de convencionalidade é caracterizado por ser uma espécie de controle da legislação interna com relação à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a outros tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis e à jurisprudência da Corte IDH, controle esse que deve ser exercido de ofício por toda autoridade pública e que deve ser realizado precipuamente pelos agentes domésticos, tendo em vista a subsidiariedade do sistema contencioso internacional (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

---

[11] Nesse sentido, destaca-se em especial o Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (CORTE IDH, 2003), Caso Tibi vs. Equador (CORTE IDH, 2004), Caso López Álvarez vs. Honduras (CORTE IDH, 2006d) e no Caso Vargas Areco vs. Paraguai (CORTE IDH, 2006f), Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (CORTE IDH, 2006a), Caso *Trabajadores cesados del Congresso vs. Peru* (CORTE IDH, 2006e), Caso Boyce y otros vs. Barbados (CORTE IDH, 2007), Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (CORTE IDH, 2010a), Caso Gelman vs. Uruguai (CORTE IDH, 2011c), Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala (CORTE IDH, 2012e), Caso Radilla Pacheco vs. México (CORTE IDH, 2010) e do Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (CORTE IDH, 2012b), Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia (CORTE IDH, 2012c), entre outros.

[12] Evidencia-se que os tribunais de mais alta hierarquia da região tem se referido ao controle de convencionalidade, tendo em conta os entendimentos firmados pela Corte IDH, havendo pronunciamentos nesse sentido pela Corte Suprema de Justiça de Costa Rica; pelo Tribunal Constitucional da Bolívia; pela Suprema Corte de Justiça da República Dominicana; pelo Tribunal Constitucional do Peru; pela Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina; pela Corte Constitucional da Colômbia; pela Câmara Penal da Corte Suprema de Justiça de Guatemala; pela Suprema Corte de Justiça da Nação do México; e pela Corte Suprema de Justiça do Panamá.

[13] Como destacado por Conci (2014), uma das principais diferenças reside no fato de que no controle de constitucionalidade imperam os critérios estrutural-hierárquico e, ainda, temporal ou especial, enquanto que no controle de convencionalidade apenas imperam critérios materiais para a resolução de eventuais conflitos. Explica-se: para a doutrina do controle de convencionalidade pouco importa a hierarquia das normas, critério este formal e estrutural, não interessando discorrer sobre se os tratados internacionais são superiores às leis e às Constituições no plano internacional ou interno. A relação de validade se estabelece, pois, a partir de um critério material, qual seja, da maior proteção da pessoa humana, ou seja, a partir da aplicação do critério *pro persona* ou *pro homine*.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Refere-se, pois, a uma ferramenta que, decorrente da necessidade de observância das normas convencionais e dos pronunciamentos da Corte IDH pelos Estados que compõem o sistema interamericano, ante a assunção por referidos Estados da obrigação de honrar os compromissos firmados no cenário internacional (BAZAN, 2011), impõe aos agentes domésticos a tomada de medidas necessárias para expulsar normas que se encontrem em contradição com a legislação internacional (MARTINS; MOREIRA, 2011) e para editar normas que apenas se encontrem em consonância com o "bloco de convencionalidade" do sistema, ou seja, com o "paradigma de controle de validade de atos em sentido *lato* (sentenças, leis, atos administrativos, Constituições) expedidos pelos Estados nacionais submetidos ao sistema americano de direitos humanos" (CONCI, 2013, p. 76).

A ferramenta em enfoque constitui-se, pois, como mecanismo útil, adequado e necessário para o cumprimento e a devida implementação das diretrizes contidas nas normas regionais e nos pronunciamentos do Tribunal Interamericano (FERRER MAC-GREGOR, 2013), vinculando-se à necessidade de os Estados conformarem seus atos internos aos compromissos por eles internacionalmente assumidos, de modo a evitar sua responsabilização internacional e para o fim da sustentabilidade do próprio sistema de proteção interamericano (BAZAN, 2015).

Frisa-se que, consoante pontuado em estudo anterior acerca do assunto, há diversas normas que fundamentam o controle de convencionalidade no sistema interamericano, estas correspondendo essencialmente, mas não exclusivamente, aos art. 1.1[14], 2[15] e 29[16] da CADH e art. 26[17] e 27[18] da CVDT, sobretudo diante do fato de tais normas exigirem a adaptação do ordenamento interno à interpretação conferida pela Corte IDH aos direitos humanos, como meio de garantir o efeito útil das disposições convencionais no plano dos direitos internos (CALIXTO; CARVALHO, 2019). Ainda, a exigência de atenção ao *pacta sunt servanda*, ao cumprimento de boa-fé, e à impossibilidade de invocar disposições do direito interno para justificar o descumprimento de tratados internacionais (Art. 26, 31.1 e 27 da Convenção de Viena), implicam a necessidade de realização do controle de convencionalidade como meio de efetiva proteção dos direitos humanos na região (BAZAN, 2011).

É importante acentuar que esse controle de convencionalidade não se refere a uma obrigação imposta somente aos juízes nacionais, visto que também implica a obrigação de os Poderes Executivo e Legislativo o

[14] Art. 1.1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

[15] Art. 2º. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades

[16] Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

[17] Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

[18] Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

realizarem[19]. Contudo, é no âmbito do Poder Judiciário que os maiores avanços no processo de interação entre ordens jurídicas estrangeiras são promovidas.

Nesse aspecto, o controle de convencionalidade apresenta-se como ferramenta a ser efetuada por todo e qualquer tribunal americano, ou seja, tanto pela Corte IDH quanto por meio dos agentes nacionais. Ou seja, tanto os juízes da Corte IDH quanto os juízes nacionais têm o dever de controlar a validade dos atos internos a partir das normas internacionais de direitos humanos no plano regional. Ante a diversidade da forma de realização de tais controles, cabe esclarecer as diferenças entre tais modalidades e suas características essenciais para a adequada compreensão do instituto.

O controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH ocorre em razão de esta ser chamada, seja num caso contencioso, seja num caso consultivo, a exercer o confronto entre atos domésticos e disposições convencionais e a apreciar a compatibilidade entre eles. A princípio, o controle de convencionalidade incumbe à Corte IDH, tratando-se de uma função original, própria ou externa (GARCÍA RAMÍREZ, 2011) e a qual demanda, para sua concretização, a subordinação de todo o ordenamento jurídico ao respeito e à garantia dos direitos assegurados convencionalmente (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

Entretanto, em que pese o entendimento de que à Corte IDH incumbe a função primordial de exercer o controle de convencionalidade, desde o julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (CORTE IDH, 2006a) estabeleceu-se a possibilidade de os Estados Nacionais o realizarem, esta atividade fiscalizadora resultando, em especial, do previsto no art. 2º da CADH, que obriga os Estados a adotarem as medidas necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades fundamentais consagrados na CADH (CONCI, 2014).

O controle jurisdicional de convencionalidade interno, na acepção de García Ramírez (2011), refere-se ao poder conferido a determinado órgão jurisdicional, ou a todos os órgãos jurisdicionais, para verificar a congruência entre os atos e normas internos com as disposições do direito internacional e com a jurisprudência dos tribunais internacionais encarregados de interpretar as normas internacionais. Este é inclusive o entendimento firmado pela Corte IDH em diversos casos submetidos a sua apreciação, referido tribunal estabelecendo a necessidade da verificação de tal congruência entre o ordenamento interno e o internacional pelos juízes nacionais.

Consiste, pois, na obrigação dos juízes de constatarem o “acomodamento das normas jurídicas internas que aplicam em casos concretos à CADH (e outros instrumentos internacionais essenciais no campo dos direitos humanos) e aos *standards* interpretativos que a Corte IDH tem formulado no exercício de sua função jurisdicional” (BAZAN, 2015, p. 41), podendo implicar a obrigação de supressão das normas e práticas contrárias a tais normas e *standards*, de expedição de normas e do desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância das garantias e de delimitação de uma interpretação da norma regional de forma

[19] No tocante ao controle exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo, frisa-se que ambos podem ser exercidos tanto de forma preventiva quanto repressiva. No âmbito do Executivo, o controle preventivo é exercido pelo Presidente da República, por meio do veto a um projeto de lei inconvencional, enquanto o controle repressivo ocorre por meio do ajuizamento de ações destinadas a expulsar determinada lei do ordenamento pátrio, como, por exemplo, o ajuizamento de uma ação direta de inconvencionalidade de uma norma. Já no âmbito do Poder Legislativo, o controle preventivo ocorre por meio da não aprovação de leis reputadas inconvencionais e da edição de leis para tornar efetivos os direitos previstos nas normas internacionais, enquanto o repressivo ocorre por meio da revogação de leis consideradas incompatíveis com a CADH e pela suspensão, pelo Senado Federal, de uma lei declarada inconvencional pela Corte IDH (entendimento este decorrente de uma interpretação extensiva do art. 52, X, da CF) (MARTINS; MOREIRA, 2011).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

compatível como as normas e interpretações regionais, para, por conseguinte, assegurar o efeito útil dos instrumentos internacionais.[20]

Isso porque, como pontuado no Caso Almonacid Arellano vs. Chile (CORTE IDH, 2006a), quando se verifica que o Legislativo falhou em sua tarefa de suprimir ou de não editar leis contrárias à CADH, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia previsto no art. 1.1 da Convenção e, consequentemente, deve se abster de aplicar a normativa interna contrária à Convenção, sob pena de responsabilização internacional.

O exercício do controle de convencionalidade implica, então, que tais juízes confrontem as normas internas com as normas e entendimentos internacionais, para verificar se aquelas vulneram de alguma forma as segundas. São as ferramentas utilizadas pelos juízes nacionais ante a percepção de que o direito internacional e a interpretação a tal direito realizada pelos tribunais internacionais são vinculantes, bem como diante da assunção por tais juízes nacionais de sua responsabilidade em garantir a completa proteção dos direitos humanos no SIDH (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

A verificação da necessidade de utilização das ferramentas em evidência decorre da noção de que a jurisdição interamericana não é destinada a substituir as jurisdições nacionais na busca da proteção dos direitos humanos. Essa jurisdição tem caráter subsidiário ou complementar, a justiça supranacional apenas intervindo em casos muito específicos: quando a jurisdição interna não opera ou não resolve devidamente a violação cometida; quando não houver mais recursos internos para combater o desvio ou a inatividade do Estado; quando se solicita o julgamento perante a Comissão Interamericana e esta admite o caso; ou quando a própria Comissão leva o litígio ao conhecimento da Corte (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Dessa forma, em vista do caráter complementar do direito internacional, evidencia-se não somente a possibilidade, mas a imprescindibilidade de que seja efetuado o controle interno de convencionalidade e que os juízes nacionais procurem interpretar o direito interno em conformidade com o regional, para que os Estados tomem, nesse sentido, todas as providências necessárias para a adequação do ordenamento interno às normas convencionais, evitando a necessidade de interferência do plano internacional e evitando a responsabilização internacional do Estado por um ato ou omissão ilícito que redunde em violação aos direitos humanos (BAZAN, 2015).

Dessarte, mesmo que o controle realizado pela Corte IDH seja o controle autêntico, ele é subsidiário, apenas devendo ser empreendido quando todos os controles jurisdicionas nacionais falham e não há outra alternativa à pessoa a não ser buscar o amparo internacional (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013). Os juízes se convertem nos primeiros juízes interamericanos, detendo eles a maior responsabilidade de harmonizar a legislação nacional com os parâmetros interamericanos.

[20] Nesse sentido restou sedimentado no julgamento do Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá: "A Corte tem interpretado que tal adequação implica adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que resultam na violação às garantias prevista na Convenção ou que desconsiderem os direitos alí reconhecidos ou dificultam seu exercício, e ii) a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância de referidas garantias. Precisamente, no que diz respeito à adoção de tais medidas, é importante enfatizar que a defesa ou observância dos direitos humanos à luz dos compromissos internacionais relativos ao trabalho dos operadores de justiça, deve ser realizada através do que é conhecido como 'controle de convencionalidade', segundo o qual cada juiz deve garantir o efeito útil dos instrumentos internacionais, de modo que não seja diminuído ou anulado pela aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao objeto e propósito do instrumento internacional ou do padrão internacional de proteção dos direitos humanos" (CORTE IDH, 2008ª, parágrafo 180, tradução livre).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Apresentando-se como uma importante ferramenta de adaptação dos ordenamentos nacionais às normas regionais, o controle acaba por se constituir como mecanismos essencial para a economia processual (evitando a ativação desnecessária da Corte IDH) e para a conservação da sustentabilidade do próprio esquema de proteção interamericano (BAZAN, 2015). É diante de tal fato que se afirma que devem eles ser exercidos de maneira imediata, espontânea, de ofício (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru), não devendo se esperar a provocação da parte interessada (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

De qualquer modo, há de se ter presente que a proteção da pessoa humana fixa a necessidade de realização de ambas as espécies de controle. Como frisa Augusto Cançado Trindade em seu voto fundamentado no julgamento do Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru (CORTE IDH, 2006e, parágrafo 3), a constante interação entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional obriga os órgãos do Poder Judiciário de cada Estado a conhecerem não somente o direito constitucional, mas também o DIDH, para o exercício de um controle, tanto de constitucionalidade como de convencionalidade, de ofício, para tornar efetiva a proteção da pessoa humana.

3 Ativismo judicial e controle de convencionalidade: mecanismo de efetivação de direitos

Identificado o relevante papel assumido pelo Poder Judiciário a partir da segunda metade do século XX, tanto a partir da evolução do constitucionalismo contemporâneo quanto a partir da obrigatoriedade imposta no SIDH de as autoridades públicas, em especial os juízes nacionais, efetuarem um controle da compatibilidade das normas e jurisprudência internas com as normas e jurisprudência internacionais de proteção de direitos humanos, tem-se como imperante a análise de se o Judiciário, quando do empreendimento do controle de convencionalidade, extrapola os limites de sua atuação, incorrendo no denominado ativismo judicial pernicioso.

Busca-se analisar o fenômeno do ativismo na pós-modernidade, a fim de verificar a possibilidade e a viabilidade de o Judiciário alterar a realidade por meio de uma postura ativa, em prol da proteção de direitos humanos. Assim, adotando-se a perspectiva de Jose Henrique Kaster Franco (2018), o qual ensina que, em sendo o ativismo um fenômeno existente e em verificando não haver motivos para se pensar que tal postura esteja a findar, há a necessidade de intensos debates quanto ao papel do Judiciário, passa-se a verificar se a prática é aceitável ou não na realidade contemporânea brasileira.

Para tanto, passa-se, primeiramente, à análise do que pode ser identificado como ativismo judicial para, em seguida, verificar se o exercício do controle de convencionalidade deve ser visto essencialmente como atividade que tem propensão de lesar a legitimidade democrática, já que confere amplos poderes ao Judiciário de anular leis internas mesmo que compatíveis com a CF, porém que sejam incompatíveis com as normas internacionais de proteção de direitos humanos.

Frisa-se, primeiramente, que diante da ordem democrática estabelecida no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, os Poderes passaram a exercer de maneira mais contundente não apenas as funções típicas a eles relacionadas, mas também funções atípicas, sob o fundamento da necessidade de promover principalmente a solidificação dos direitos fundamentais.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

O Estado de Direito brasileiro simbolizou a ascensão dos valores axiológicos projetados no exercício do poder pelo povo, consolidado em um estrutura constitucional fundada em premissas que partem de um procedimentalismo próprio para permitir a construção compartilhada de uma sociedade[21].

Nesse sentido, a noção clássica do papel do Poder Judiciário, em especial, sofreu alterações, já que passou ele a cada vez mais exercer um papel político, no sentido de atuar como contrapeso à ineficiência dos demais poderes na garantia de direitos fundamentais. Diante de tais alterações, a expressão ativismo judicial passou a ser empregada com frequência considerável nos meios doutrinários, sendo ela comumente relacionada ao protagonismo exacerbado do Judiciário ou à discricionariedade excessiva do juiz. A atuação proeminente e a ocupação pelo Judiciário de um papel de destaque no cenário social e político, pois, levaram ao levantamento de discussões acerca da legitimidade democrática da atuação de tal esfera de poder.

Como afirma Lênio Streck (2011, p. 07):

> Esse é um dos grandes dilemas contemporâneos. Superadas as formas de positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), os juristas ainda não conseguiram construir as condições para o controle das posturas voluntaristas (que, registremos, por apostarem na discricionariedade dos juízes, não deixam de ser também positivistas). Se antes o intérprete estava assujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, já a partir do século XX o dilema passou a ser o de como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juízes se assenhorem da legislação democraticamente construída.

No tocante ao sentido e alcance da expressão ativismo judicial, salienta-se que não há ainda hoje um consenso doutrinário quanto a tais definições, alguns associando o termo a um fenômeno negativo[22], enquanto outros o identificam como uma forma de consagração da atuação judicial[23]. Contudo, de maneira geral, denota-se que o ativismo judicial é entendido como um fenômeno em que o Judiciário atua de maneira extravagante, excedendo a competência determinada pela normativa vigente.

O termo possui origem na doutrina norte-americana, surgindo como expressão descritiva na atuação da Suprema Corte na década de 1950. Uma das primeiras coletâneas de textos que tratou sobre a questão da atuação judicial, empregando tal termo em diferentes perspectivas, foi a obra *Supreme Court: activism and restraint*, organizado por Halpern e Lamb (1982). Andrei Koerner, ao analisar tal obra relaciona que:

[21] Lógica contundente com a teoria de reaproximação do Estado com sua sociedade plural, na obra de Peter HABERLE: Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.

[22] Elival da Silva Ramos sustenta que “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”, Elival da Silva Ramos, Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos (São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129).

[23] Por outro lado, na visão e análise de Luis Roberto Barroso, a atuação do Poder Judiciário é pautada estritamente em mecanismos constitucionais criados justamente para conferir-lhe a prerrogativa de decidir questões que reflitam na efetividade das normas constitucionais. Diferentemente do ativismo judicial, que pode ser entendido como uma atitude, uma escolha do Poder Judiciário de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance, e muitas vezes extrapolando os limites legais de atuação. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view. php?id=47743. Acesso em: 24 jun. 2018. p. 6. Nesta perspectiva, Glauco Salomão Leite afirma que, Inúmeras matérias antes deixadas para o processo político e para a legislação ordinária foram constitucionalizadas. Foram incorporados ao texto constitucional, diversos direitos sociais, econômicos e culturais, além de várias metas e programas a serem implementadas pelo Estado, o que demanda um dever de agir, uma prestação positiva do Poder Público no intuito de dar eficácia aos ditames constitucionais. LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: a Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n. 45, p. 10-31, jul/dez. 2014.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> O ativismo seria a confiança no papel judicial para estabelecer novas normas - para legislar; os juízes não seriam apenas orientados segundo políticas, mas o fariam de forma aberta, esforçando-se para conformar o direito para realizar as suas preferências; eles acreditariam que haveria um remédio judicial para os males sociais levados à Corte e que seria dever do juiz promover direitos e valores sociais; e, enfim, adotariam um estilo de decisão, com uso excessivo da polêmica e de recursos retóricos, com os quais colocariam em primeiro plano a exortação do bom e do justo para educar o público e convencer seus colegas. Por sua vez, a autocontenção indicaria aos juízes evitarem questões que geram conflitos ou complexas e que apenas escolhessem os casos que envolvessem claramente questões de direito (KOERNER; 2016, p. 11, *apud* Shick, 1982, p. 44-49).

O autor ainda frisa que foi a partir do caso *Brown v. Board of Education*, ainda na década de 50, que a Corte Estadunidense começou a decidir de forma atípica, delimitando políticas públicas direcionadas a dar impulso a mudança social, prolatando decisão baseada em estudos sociais e realizando uma espécie de engenharia social, que visaria alterar atuação pública e redistribuir recursos[24] (KOERNER, 2016).

Por outra perspectiva, Jose Henrique Kaster Franco (2018) defende que foi Arthur Schlesinger Junior, historiador norte-americano, quem deu as bases sobre as quais se assenta a discussão sobre ativismo judicial até os dias atuais, ao classificar os juízes da Suprema Corte entre os que atuavam mediante autocontenção, e os que atuavam em prol da promoção do bem-estar das pessoas.

Do mesmo modo pontua o autor Luiz Flávio Gomes (2009), o qual salienta que a origem da expressão surgiu ainda em 1947, mediante reportagem publicada pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger, em que tal autor efetuou uma análise da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, utilizando-se do termo para descrever o dever da Corte em interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos nela já previstos. Segundo a perspectiva apresentada pelo historiador, o Judiciário teria como função precípua agir como racionalizador da democracia, como *gouvernement des juges,* de modo que o ativismo, ou melhor, a interpretação judicial realizada para concretizar valores fundamentais, não indicaria um fenômeno negativo, como comumente empregado na atualidade pela comunidade jurídica brasileira.

Independentemente da origem, o que se verifica é que o termo ainda possui grande imprecisão doutrinária, possuindo ora conotação negativa, sendo concebido como sinônimo da expansão atípica da atuação judicial, ora conotação positiva, sendo visto como instituto concretizador de direitos sociais. Há teóricos, ainda, que definem o ativismo judicial como um polo de uma escala contínua, cujo oposto seria a contenção judicial. O professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 135), por exemplo, define a expressão ativismo judicial como um termo que possui uma carga valorativa tanto positiva quanto negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais.

No Brasil, a questão do ativismo em geral, tem se dividido regularmente entre posicionamentos em prol do substancialismo e, em sentido contrário, aqueles em prol do procedimentalismo. De um lado estaria a defesa de um Judiciário ativo, que deve atuar no sentido de tornar efetivos direitos materiais (ainda que no exercício de uma função atípica) e, de outro, a defesa de um Judiciário constrito em suas limitações procedimentais

[24] O desenvolvimento do ativismo judicial nos EUA se confunde com a própria história da Corte Constitucional americana, principalmente porque no país se estabeleceu, conforme o sistema do common law, contextos e mudanças sociais que lhe são causa e consequência. Para aprofundar no assunto, vide: WOLF, Christofer. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretativo to judge made law**. Nova York: Rowman & Littefield, 1994.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

próprias, de forma que estaria legitimado para atuar seria tão-somente no exercício de sua função típica e de acordo com o procedimento normativamente definido.

A concepção da necessidade de aproximação entre direito e moral, a qual se afasta do procedimentalismo e da exegese axiológica constitucional e é decorrente da ascendência do dirigismo constitucional, caracteriza a teoria substancialista, teoria esta defendida por servir de vetor para a realização do conteúdo programático das constituições. Neste sentido, importante a síntese de Alexandre Castro Coura e Quenya Correa de Paula, sobre a defesa da superação do procedimentalismo clássico, e da austeridade do Direito, em prol do constitucionalismo diretivo-programático:

> [...] diferenciado pelo propósito de realizar o núcleo essencial-fundamental traçado no processo constituinte, a refundação do Direito é pautada pelo caráter finalístico voltado à alteridade e à solidariedade social, de modo que todos devem agir visando à concretização dos direitos de espectro ampliado, provenientes de uma Carta prolixa, que deixou de encampar o traçado de linhas apenas estruturais e ligadas à função de estatuto organizatório para abarcar princípios, valores e normas disciplinadoras da esfera econômica e social, algo como um plano normativo para o futuro e que leva ao Direito o debate moral (COURA; PAULA, 2018, p. 66).

Por outro lado, observa-se que existem doutrinadores que qualificam o fenômeno do ativismo como neutro, afastando essa necessária ruptura entre substancialismo e procedimentalismo. Em favor de tal posição tem-se o jurista Glauco Salomão Leite (2017), o qual alerta que o uso do termo ativismo para desqualificar decisões é sempre subjetivo, sendo caracterizado como um fenômeno maléfico ou benéfico dependendo do conceito e ideal de justiça adotado pelo sujeito. Nessa perspectiva, a decisão ativista não seria de plano equivocada e não seria sempre sinônimo de abuso ou excesso, do mesmo modo que uma sentença proferida no exercício da autocontenção não seria sempre correta.

Da mesma forma, para Antoine Garapón (1999), o ativismo judicial não significa a transferência do poder soberano do povo para o juiz, mas sim se caracteriza como uma transformação necessária pela qual passa o processo democrático. Assim, a transformação do papel do juiz na contemporaneidade, exigindo dele uma atuação mais ativa na tutela de direitos, corresponderia a uma transformação inerente à própria democracia, fato que promove a desmobilização do povo.

Importante, ainda, analisar a classificação multidimensional do termo feita pelo estudioso Keenan Kmiec (2004). Segundo o autor, o ativismo seria uma ferramenta à disposição do Judiciário destinada a diversas funções: a primeira seria a anulação de atos normativos (sejam estes do Executivo ou do Legislativo), cuja constitucionalidade seja demonstrável ou defensável; a segunda seria a inovação legislativa em decisões judiciais; a terceira seria a hermenêutica criativa; a quarta seria o julgamento orientado a determinado fim; e, por último, seria a atuação pautada em precedentes judiciais.

Observa-se que o termo ativismo judicial, nessa perspectiva, não seria, pois, estritamente atrelado a uma conotação negativa, ou seja, não seria apenas sinônimo de uma atuação indevida do Judiciário. Tal classificação impõe a necessidade de análise caso a caso, para verificar se a atuação atípica do Judiciário leva a uma garantia de direitos, de forma que a construção decisória, mesmo que ativista, observa a maximização de direitos constitucionais racionalmente construídos, protege o núcleo constitucional e protege direitos humanos (KAMIEC, 2004).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

De todo modo, o que se observa é que apesar dos inúmeros esforços em estabelecer um conceito operacional de ativismo judicial, contudo, o termo ainda permanece sem definição precisa. Consoante aponta Lênio Streck (2011), a imprecisão terminológica é universal, não havendo um consenso nem mesmo ao analisar a realidade judicial norte-americana.

Assim, apesar da imprecisão terminológica e da existência de uma linha tênue entre instabilidade democrática e necessidade de justificação de uma atuação judicial díspar do modelo *montesquiano*, defende-se neste trabalho que tal atuação pode ser considerada legitimada, sobretudo quando essa atuação se dá em prol da proteção e com o fim de tornar efetiva a tutela de direitos humanos, por meio do controle de convencionalidade.

Ora, a discussão acerca da questão do ativismo tende a tornar-se pouco precisa quando seu foco é meramente a análise da possibilidade de atuação atípica do Judiciário, sendo muito mais interessante e necessária a identificação do papel e dos limites da jurisdição constitucional em atuar de forma ativa para efetivar direitos fundamentais e enfrentar questões políticas, já que a ideia de ativismo judicial está essencialmente "associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (BARROSO, 2010, p. 09).

Neste ponto, há de se frisar que uma das principais objeções ao ativismo possui correlação com a ideia de que a atuação do judiciário atentaria contra a percepção de democracia majoritária. Relaciona-se, assim, à própria ideia de existência de uma contradição entre constitucionalismo, o qual enfatiza o papel do judiciário (como visto no tópico 1 deste trabalho) e democracia, a qual na concepção majoritária enfatiza o papel da maioria decidir da forma que lhe convém, por meio de representantes eleitos e pelo processo legislativo, o que impediria a atuação do judiciário para além dos limites legais.

Contudo, referida contradição, como frisa Dworkin (1995), é meramente aparente, na realidade havendo uma relação intrínseca entre os dois termos, já que a democracia é necessária para o constitucionalismo, da mesma forma que este é imprescindível àquela. Isso porque ao mesmo tempo em que o constitucionalismo insere os direitos fundamentais como normas que não podem ser ignoradas, ainda que sua garantia pelo judiciário resista à vontade da maioria representada na legislação, democracia não deve ser delimitada tão somente por meio de um conceito de maioria e vontade majoritária, mas sim deve ser concebido em sua concepção comunitária, estritamente baseada na proteção de valores fundamentais a todos, em que os direitos das minorias também são observados.

Democracia, nessa visão, consiste no processo de afirmação do povo e de garantia de direitos fundamentais, que o povo conquista no correr da história inclusive mediante a atuação do judiciário na proteção de tais direitos (SILVA, 2006), mesmo que ante uma postura positiva. Por meio dessa concepção, cria-se espaço para a percepção de que a atuação ativista do judiciário, desde que efetuada para a proteção de direitos humanos/fundamentais, consiste no próprio respeito à democracia comunitária, justificada por vivermos em uma sociedade complexa, pluralista e multicultural.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Nesta perspectiva o ativismo surgiria como uma forma concreta de tornar efetivos os direitos humanos, devendo ele ser entendido com certa neutralidade, ou seja, devendo ser percebido não como sinônimo de fenômeno negativo, nocivo à saúde da ordem constitucional, mas sim como fenômeno inerente à ordem democrática estabelecida, quando exercido de forma consciente e com o fim de preservar a dignidade da pessoa humana. Ou seja, seria o ativismo expressão do exercício da discricionariedade judicial, no qual um juiz ou tribunal cria ou estende um direito, afasta aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudanças sociais (*judicial overreaching).*

Fixada a neutralidade terminológica, cumpre discutir acerca dos limites e possibilidade de um ativismo, uma atuação atípica do Judiciário, no exercício do controle de convencionalidade, controle este estritamente relacionado, como visto, com a tutela de direitos humanos na ordem interna e a consequente efetivação de direitos individuais e sociais.

Nesse âmbito, salienta-se que, em consonância com o apontado por Boaventura de Souza Santos (2015), evidencia-se que o ativismo opera-se quando conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do Judiciário. O confronto político do Judiciário com os outros poderes do Estado dá-se nesse sentido quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, os tribunais passam a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação.

No Brasil, as inúmeras omissões normativas e a atuação deficiente do Poder Público permitiram que diversas questões de impacto coletivo passassem ao crivo da análise judicial. A apatia do Legislativo e o excesso de omissões estatais e instabilidade sociais latentes levam a um crescente apoio à ascensão do exercício, pelo Judiciário, de um papel político, este relacionado ao cumprimento de seu dever de tutelar a Constituição e tornar efetivos os direitos consagrados nas normas internacionais de proteção do homem.

O importante papel atribuído aos juízes é decorrente essencialmente do crescimento do processo de judicialização do direito para fazer valer direitos civis e sociais no âmbito interno. Tal judicialização reforça o papel das cortes em estabelecer o que é o direito e em exigir o cumprimento do mesmo. É diante de tais fatos que Ferrarese (2009, p. 08) afirma que hoje "*law consists not so much of statutes and other forms of written law, but rather of judicial or quasi-judicial decisions*"[25].

Dentre os Poderes, o Judiciário, pelo fato de suas instituições não serem centralizadas, detém maiores condições de conferir respostas plurais e diferenciadas para situações e demandas diversas. Essa aptidão, nas palavras de Conci (2014, p. 33), decorre da constatação de que o Judiciário pode fazer-se em contrapeso real dos excessos e omissões dos demais poderes, por meio do ativismo judicial, de forma a assegurar que nos momentos em que as garantias democráticas não são integralmente respeitadas, seja ele "um escudo às afrontas e excessos antijurídicos dos próprios poderes do Estado". Nesse cenário, o poder judicial ganha um papel de essencial importância, visto que detém ele o poder de "concretizar direitos fundamentais

[25] [...] o direito não consiste tanto em estatutos e outras formas de lei escrita, mas sim de decisões judiciais ou quase-judiciais (tradução livre).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

independentemente de algumas amarras, como a perspectiva da representatividade democrática fundada no voto e no mandato".

Sobretudo nos casos em que há uma omissão legislativa, especialmente no tocante a problemas políticos e à eficácia dos direitos fundamentais, o Judiciário assume função essencial, assumindo um papel politicamente ativo no exercício de sua função jurisdicional, papel este possibilitado pela flexibilidade decorrente da incorporação de princípios ao texto constitucional (FIGUEIREDO, 2008). Tal flexibilidade é o que torna o papel das cortes judiciais tão importantes. Como destaca Ferrarese (2009, p. 11-12):

> *If we look at courts from the perspective of the three illustrated aspects, we can understand that they are successful because of their ability to be flexible and to give plural and differentiated answers to different situations and demands. They can move as well in the space between what is national and what is global. Flexibility as a quality for institutions could appear to be in sharp contrast with the expectations of formalism that are typical of the European institutional tradition. (…) the institutional changes of global world seem to prove that expectations of legal formalism are inadequate for the global world.*[26]

Frisa-se que, consoante já evidenciado, o constitucionalismo contemporâneo é fundado no cânone da dignidade e da expansão ilimitada da personalidade humana (CASTRO, 2010). Ainda, é patente que no cenário atual de interdependência entre o local e o global, a legitimidade das ordens jurídicas nacionais é medida pelo grau de respeito aos direitos humanos, radicados essencialmente uma premissa maior da dignidade. Diante de tal assertiva é que se destaca a necessidade de, nas palavras de Carlos Roberto Siqueira de Castro (2010), superar o fetichismo institucional do iluminismo oitocentista, calcado substancialmente no dogma da separação estrita de poderes, já que este não permite a solução operacional aos problemas sociais contemporâneos, e de as cortes voltarem-se ao social, para a resolução de questões relevantes de proteção humana.

Neste contexto, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013) explica que isso tem implicado importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional, se comparado ao padrão histórico: ainda temos um Poder Executivo protagonista e centralizador; um Legislativo – nos três níveis federativos – o qual tem sofrido constantes crises funcionais e déficits de confiança popular; e um Judiciário, responsável pela aplicação da lei. Contudo, o Judiciário, que antes era uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivo hipertrofiado, alcançou, de forma gradual, patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história.

Isso se deve à exigência de uma atuação substantiva do juiz constitucional, como implementador da Constituição e como garantidor, no âmbito doméstico, de direitos humanos. O papel do intérprete do Direito, nesse sentido, é elemento central do poder emancipatório do Direito, o que permite considerar que o Judiciário possui como dever rejeitar a subsunção a um ordenamento inadequado, que torne mais complexa a concretização de direitos fundamentais tão exaltados na normativa interna e nas cartas internacionais.

Sobretudo nas hipóteses em que o Judiciário evidencia a incompatibilidade da legislação, da jurisprudência ou dos atos internos às normas e jurisprudência internacional exige-se sua atuação substantiva,

[26] Se olharmos para os tribunais da perspectiva dos três aspectos ilustrados, podemos entender que eles são bem sucedidos por causa de sua capacidade de ser flexível e dar respostas plurais e diferenciadas a diferentes situações e demandas. Eles podem se mover também no espaço entre o que é nacional e o que é global. A flexibilidade como uma qualidade para as instituições pode parecer estar em forte contraste com as expectativas de formalismo que são típicas da tradição institucional europeia. (...) as mudanças institucionais da palavra global parecem provar que as expectativas de formalismo legal são inadequadas para o mundo global (tradução livre).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

como visto no tópico 3 deste trabalho, até mesmo porque no caso de existir tal incompatibilidade há uma patente afronta ao núcleo básico de direitos humanos protegidos no cenário internacional. A atitude ativista, por meio do controle de convencionalidade, assim, legitima-se, por tornar efetivos os direitos humanos tutelados na esfera internacional.

Ademais, frisa-se que o controle de convencionalidade é um imperativo, sendo impositivo seu exercício pelos juízes nacionais, inclusive por meio da adoção de uma postura mais ativista em prol da proteção da pessoa. Tal imposição é decorrência lógica do art. 29 da CADH, o qual destaca a imprescindibilidade de as cortes nacionais utilizarem-se da regra da interpretação *pro homine* quando do exercício hermenêutico que envolve normas interamericanas.

A obrigação prevista no dispositivo legal torna explícita a necessidade de que os juízes nacionais, quando do exercício de hermenêutica, de interpretação de normas e entendimentos jurisprudenciais para sua aplicação no caso concreto, tomem as medidas necessárias para tornar efetiva a norma, seja ela regional ou nacional, ou a interpretação conferida a tal norma, que seja mais favorável à pessoa. Desse modo, impõem-se aos Estados limites em sua atuação perante os indivíduos, demandando que estes deixem de aplicar normas ou entendimentos que de alguma forma suprimam ou limitem o gozo dos direitos previstos na CADH ou outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ou promovam interpretações, nos casos concretos submetidos a sua análise, que excluam ou limitem os efeitos de tais instrumentos internacionais.

Nesse sentido, vislumbrando-se a importância do ativismo judicial na atualidade para a proteção dos direitos humanos e para fazer valer os compromissos internacionais assumidos pelo país, denota-se que o ativismo por vezes realizado por meio do exercício do controle de convencionalidade refere-se a não apenas uma necessidade quando o assunto é mencionada proteção, mas também a um imperativo. A atuação judicial para fazer frente às omissões dos demais poderes, desde que realizada de forma ponderada e sem discricionariedade patente e desde que efetuada tão somente para fazer valer direitos humanos, é essencial para a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

Conclusão

A busca pela concretização de direitos humanos e pela superação das mazelas que marcam a realidade social corresponde a um dos objetivos essenciais do Judiciário brasileiro, que tem tomado uma postura mais ativista em suas decisões, exercendo funções atípicas, justamente com o fim de fazer frente aos problemas enfrentados pela sociedade brasileira.

Tecidas considerações acerca do relevante papel assumido pelo Poder Judiciário a partir do processo de constitucionalização do direito, o qual passou a deter função precípua como garantidor de direitos fundamentais, da essencialidade do mecanismo do controle de convencionalidade para a proteção de direitos humanos e da relação existente entre de tal controle e a postura ativista do Judiciário, denota-se a possibilidade de considerar o ativismo exercido por tal poder quando do controle de convencionalidade não como um mecanismo pernicioso, mas sim como um mecanismo de atuação judicial consciente, cujo exercício permite a maximização da proteção de direitos humanos.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

A necessidade de tomada de medidas concretas pelo Judiciário para a efetivação de direitos humanos é inquestionável, até mesmo em razão das características próprias dessa esfera do poder, o qual possui a capacidade de atuar de forma a, no caso concreto, garantir a efetivação da justiça e evitar que a omissão do Legislativo em certas hipóteses gere situações de desrespeito a direitos básicos do cidadão brasileiro.

Desta feita, o ativismo exercido por meio do controle de convencionalidade, quando exercido de forma consciente e tendo como foco a dignidade humana, surge essencialmente como forma de tornar efetivos os direitos humanos, devendo ser entendido como um fenômeno neutro e não como um mecanismo nocivo à ordem democrática. Por meio de tal posição, o Judiciário possui condições de promover mudanças sociais, mesmo que para tanto tenha que estender um direito ou deixar de aplicar uma lei materialmente inconvencional. Tido como mecanismo essencial para superar a incapacidade dos demais poderes e atender às demandas sociais na concretização da justiça, a relevância de uma postura ativista é marcante, sendo de essencial importância para a justiça social no Brasil.

Referências

ANDRADE. José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1987.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. **ONIO EU Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 10-24, jan. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad del Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, n. 18, p. 63-104, 2011.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. Diálogos interjudiciais: a obrigatoriedade de seu desenvolvimento no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM,** v. 14, n. 01, e30919, jan./abr. 2019.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Saraiva, 2013.

CARBONELL, Miguel. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el dialogo jurisprudencial. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales.** México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 599-616.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, jun. 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales supremos nacionales: el caso de Brasil In: PIZZOLO, C.; MEZZETTI, L. **Diritto costituzionale transnazionale:** Attidel Seminario Internazionale di studi Bologna. Bolonha: Filodiritto, 2013, v.1, p. 59-90.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2012.

COURA, Alexandre Castro, PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos,** vol.116, jan./jun. 2018, p. 66 – 80.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. **European Journal oh Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, n. 1, p. 173-192, 2017.

FERRARESE, Maria Rosaria. When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism. **Global Jurist**, v. 9, n. 1, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculacion directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convencion Americana (*res interpretata*) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales.** México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 617-672.

FIGUEIREDO, Marcelo. A influência da doutrina nas cortes constitucionais. **Revista Direito UFMS**, Edição especial, p. 131-144, jan./jun. 2015.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Ativismo Judicial e Direito Administrativo Aspectos Gerais.** Belo Horizonte: DPlácido, 2018.

GARAPÓN, Antoine**. O juiz e a democracia**: guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista Cientifica del Instituto de Ciencias Juridicas de Puebla**, n. 28, p. 123-159, jul.-dez. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes. Acesso em: 15 out. 2018.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HALPERN, S.; LAMB, C. **Supreme Court activism and restraint.** Lexington: Lexington Books, 1982.

HERDEGEN, Matthias. La internacionalización del orden constitucional**. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano,** Montevidéu, ano XVI, p. 71-81, 2010.

HENKIN, Louis. **The age of rights**. Nova York: Columbia University Press, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 05, 2004.

KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 99, p. 233-255, 2016.

LEITE, Glauco Salomão. **Uristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevidéu, ano XVII, p. 463-483, 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales.** México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 907-972.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado chileno. **Estudios constitucionales**, v. 9, n. 2, p. 17-76, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. A relação entre o Direito Internacional e o Direito interno no contexto da pluralidade de ordens jurídicas. In: BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional.** Belo Horizonte: CEDIN, 2012, v. 1, n. 12, p. 99-134.

SANTOS, Boavetura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

STRECK, Lênio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas Em Terrae Brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n° 10, p. 2 – 37, jul./dez. 2011.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

A integração fronteiriça e o papel dos governos subnacionais no Mercosul: o caso Codesul-Crecenea

Cross-border integration and the role of subnational governments in Mercosul: the case of Codesur-Crecenea

Arthur Pinheiro de Azevedo Banzatto
Doutorando em Relações Internacionais (UFSC)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)
Naviraí, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: arthur.banzatto@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a fronteira como um espaço de integração política, econômica e social, com ênfase na atuação internacional dos governos subnacionais fronteiriços. Primeiramente, busca-se identificar as contribuições da História, da Geopolítica e do Direito na definição do conceito de fronteira, destacando o seu caráter polissêmico. A partir de então, busca-se compreender a fronteira sob a perspectiva das Relações Internacionais, identificando-a como um fator que contribui para a atuação externa dos governos subnacionais, que passam a desenvolver estratégias de cooperação fronteiriça com seus vizinhos estrangeiros, inserindo os interesses locais das áreas de fronteira no âmbito dos processos de integração regional. Por fim, a parceria Codesul-Crecenea é utilizada como estudo de caso para identificar como o fenômeno estudado se desdobra no plano empírico no contexto do Mercosul.

Palavras-chave: Integração Fronteiriça. Fronteira. Governos Subnacionais. Mercosul. Codesul-Crecenea.

Abstract: This paper aims at analyzing the frontier as a space for political, economic and social integration, with emphasis on the international performance of transborder subnational governments. Firstly, we seek to identify the contributions of History, Geopolitics and Law in the definition of the concept of frontier (border), highlighting its polysemic character. From then on, we seek to understand the frontier (border) from an international perspective, identifying it as an important factor for the external action of subnational governments, which develop strategies for transborder cooperation with their foreign neighbors, inserting the local interests of the frontier areas into the regional integration processes. Finally, the Codesul-Crecenea partnership is used as a case study to identify how the studied phenomenon unfolds empirically in the context of Mercosur.

Keywords: Cross-Border Integration; Frontier (Border); Subnational Governments; Mercosur;Codesur-Crecenea.

Data de recebimento: 29/04/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Introdução

A partir de uma discussão teórica a respeito do conceito de fronteira e seus diferentes significados, o presente trabalho busca, inicialmente, contextualizar os debates existentes a partir de uma perspectiva interdisciplinar à luz da História, da Geografia, do Direito e das Relações Internacionais. Dentre as diversas concepções de fronteira, prioriza-se a de fronteira como fator de integração e de interpenetração mútua (MACHADO, 1998) e de "fronteira-interface" (MONDARDO, 2018).

Posteriormente, busca-se demonstrar que, nas regiões de fronteira, as dinâmicas de integração social e econômica entre os povos fronteiriços acabam transcendendo as linhas de fronteira impostas pelos Estados. Esses processos acabam transbordando para a esfera pública, fazendo surgir também iniciativas de integração política entre os governos subnacionais fronteiriços.

Argumenta-se que a globalização, ainda que não tenha eliminado as fronteiras nacionais entre os Estados, possibilitou o surgimento de novos fenômenos como a paradiplomacia, na qual os governos subnacionais buscam uma atuação internacional mais autônoma em relação ao governo central através de parcerias com atores externos. Nesse contexto, a fronteira é considerada como um fator geográfico que contribui para a paradiplomacia que, diante da proximidade entre os atores envolvidos, se desenvolve em sua modalidade transfronteiriça (DUCHACEK, 1990).

Por fim, utiliza-se a parceria Codesul[1]-Crecenea[2] entre governos subnacionais brasileiros e argentinos como estudo de caso para analisar como o fenômeno estudado se desdobra no plano empírico, identificando as práticas de cooperação fronteiriça entre os atores envolvidos.

1 A fronteira e seus múltiplos significados

O conceito de fronteira é objeto de intensas discussões acadêmicas nas diversas áreas das Ciências Humanas, como História, Geografia, Direito, Relações Internacionais e correlatas. O seu caráter polissêmico faz com a fronteira possa ser compreendida a partir de diferentes dimensões – política, econômica e cultural – e abordagens teóricas.

1.1 Dimensão Histórico-Cultural

No campo da História, importantes estudos consideram a fronteira não como um espaço geográfico em si, mas como um *locus* dinâmico de defrontação entre paisagens, populações, hábitos, instituições, técnicas e idiomas heterogêneos. Essa defrontação pode assumir características de integração e/ou de conflito,

[1] O CODESUL existe desde 1961, quando os estados do Rio Grande Sul, Santa Catarina e Paraná assinaram um convênio criando, além do referido Conselho, o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo-Sul (BRDE) com o intuito de solucionar históricos problemas de desequilíbrio regional no país. O Mato Grosso do Sul foi incorporado em 1992. Além de atuar como um foro para ações coordenadas por parte dos quatro estados participantes, o órgão busca a integração e a cooperação com governos subnacionais de outros países fronteiriços, como no caso das províncias argentinas (IPPOLITO, 2018; BANZATTO, 2015; PRADO, 2013).

[2] A CRECENEA-Litoral é um arranjo institucional criado em 1984 pelas províncias argentinas de Entre Rios, Santa Fe, Corrientes, Misiones, Chaco e Formosa com o objetivo de propor e difundir políticas comuns para fomentar as exportações da região, a integração dos setores produtivos regionais, a integração fronteiriça com os países vizinhos e a participação ativa nas decisões nacionais em matéria de comércio internacional que afetassem suas capacidades locais (IPPOLITO, 2018; BANZATTO, 2015; PRADO, 2013).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

dependendo de cada contexto e da perspectiva teórica adotada a respeito das relações sociais entre o Eu e o Outro.

Nessa lógica, o historiador norte-americano Frederick Turner identifica a fronteira como “o pico da crista de uma onda – o ponto de contato entre o mundo selvagem e a civilização” (KNAUSS, 2004, p. 24), com o intuito de analisar o fenômeno da “Marcha para o Oeste” nos EUA. Para o autor, a expansão da fronteira norte-americana, além de representar uma crescente autonomia em relação à Inglaterra (KNAUSS, 2004, p. 42), contribuiu também para a criação do mito fundador do pioneiro, do homem de fronteira que, inspirado pela vontade divina, construiria uma nova nação livre, moderna e democrática. Essa nova nação seria superior tanto em relação ao velho mundo europeu quanto, principalmente, em relação às sociedades indígenas que ali viviam, consideradas como atrasadas, selvagens e subalternas.

> Em fins do século XIX, surgem novas disposições teóricas sobre os significados de fronteira, com o norte-americano Frederick Jackson Turner (1893), são pesquisas fundamentadas nas conquistas do oeste norte-americano. A tese de fronteira de Turner se difundiu por quase meio século como um modelo universal da compreensão da fronteira, influenciando a academia norte-americana e mundial, bem como formando redes de pesquisas correlatas à sua, seja para professar suas disposições, seja para criticá-las. Na primeira metade do século XX, no Brasil, aparecem escritos importantes, que não se vinculavam ao modelo propagado pelo IHGB, mas - ao que parece — são tributários da tese de Turner (BALLER, 2014, p. 25).

No Brasil, ainda que não faça uma apologia à ideologia da expansão fronteiriça como Turner, o historiador Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra clássica “Caminhos e Fronteiras”, também utiliza de uma perspectiva da fronteira enquanto objeto em movimento para analisar a expansão territorial promovida pelos bandeirantes no contexto da colonização do Brasil. Para o autor, as interações entre o conhecimento adquirido na natureza pelos povos indígenas e as técnicas europeias trazidas pelo homem branco produziram elementos culturais simbióticos que resultaram na formação dos sertanistas e roceiros contemporâneos. Dessa forma, mesmo diante de um contexto mais amplo de dominação dos conquistadores europeus sobre os conquistados nativos, é possível identificar vínculos de comunicação, mestiçagem e aprendizado mútuos entre os dois povos, cuja influência repercute até os dias atuais em práticas como cartografia, locomoção, alimentação e exploração de recursos naturais (HOLANDA, 1994).

1.2 Dimensão Geopolítica

Na Geografia e, sobretudo na Geopolítica, o conceito de fronteira esteve tradicionalmente associado à sua origem etimológica do latim “*in front*”, que significa aquilo que está na frente, referindo-se às margens ou limites que separam dois objetos, como os Estados, por exemplo (MONDARDO, 2018, p. 36). Desde os trabalhos do geógrafo alemão Friedrich Ratzel no final do século XIX, o tema das fronteiras é essencial para a análise das relações entre o Estado–nação soberano e o seu respectivo território, das relações bilaterais entre os Estados e das forças de integração ou de separação que ali emergem (COSTA, 1992, p. 291).

Na visão de Ratzel, a dimensão política da fronteira, que define os limites do exercício do poder soberano do Estado moderno, é definida a partir de uma “fronteira-linha” (*border*) abstrata que pode ser desenhada e

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

medida entre os países. Esta, por sua vez, é complementada por uma "fronteira-zona" (*frontier*)[3], essencialmente indeterminada e flexível, que representa a materialidade da fronteira como uma área de disputa, expansão territorial e tensão política entre os Estados (MONDARDO, 2018, p. 37-38).

A respeito do tradicional debate geográfico em torno da distinção entre fronteiras naturais e artificiais, inicialmente levantado pelo geógrafo francês Camille Vallaux em 1911, Costa (1992, p. 291) e Mondardo (2018, p. 38) o identificam como sendo superado pelo fato de que toda fronteira representa uma demarcação política e, portanto, historicamente construída. No entanto, autores contemporâneos como o geógrafo norte-americano Robert Kaplan ainda consideram relevante essa distinção.

Kaplan (2013) critica a existência de fronteiras artificiais, classificadas como arbitrárias pelo fato de derivarem exclusivamente da ação política, a exemplo da Alemanha dividida pelo Muro de Berlim. Nesses casos, argumenta-se que a tendência seria o triunfo das forças de unificação, pois "[...] o mais provável é que as forças da cultura e da geografia prevaleçam algum momento. Uma fronteira criada pelo homem que não coincide com uma zona de fronteira natural é algo particularmente vulnerável" (KAPLAN, 2013, p. XIX).

Nesse aspecto, portanto, as fronteiras artificiais estariam mais propensas às dinâmicas de integração através de práticas sociais e econômicas entre os povos fronteiriços que muitas vezes transcendem as linhas de fronteira impostas pelos Estados. Como exemplo dessas práticas, podemos mencionar a formação de arranjos produtivos locais binacionais; o compartilhamento de serviços públicos e de obras de infraestrutura; a circulação de bens e serviços; o deslocamento de mão de obra; entre outras.

Atualmente, com base na evolução dessa discussão, é importante estabelecer uma distinção clara entre limite e fronteira. Nesse aspecto, destaca-se que "o limite é abstrato e invisível, fruto de um tratado jurídico internacional ou delimitação" (ALBUQUERQUE, 2010, p. 35), que atua como um "fator de separação, pois separa unidades políticas soberanas e permanece como um obstáculo fixo" (MACHADO, 1998, p. 42).

A fronteira, por sua vez, seria uma faixa ou região entre países que forma um espaço amplo de relações sociais que ultrapassam os limites políticos, cuja extensão varia de acordo com cada país[4] (ALBUQUERQUE, 2010, p. 35). Nesse sentido, "a fronteira pode ser um fator de integração, na medida que for uma zona de interpenetração mútua e de constante manipulação de estruturas sociais, políticas e culturais distintas" (MACHADO, 1998, p. 42).

[3] Essa distinção, além de teórica, possui repercussões importantes na língua inglesa, em que a palavra "border" é utilizada com o sentido de "fronteira-linha" e a palavra "frontier" com o sentido de "fronteira-zona".

[4] No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 20, § 2º, que: "A faixa de até cento e cinqüenta *(sic)* quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Essa perspectiva vai ao encontro do conceito de “fronteira-interface” proposto por Mondardo (2018, p. 69) no sentido de reconhecer que a fronteira “além de dividir também une, integra, transmite, hibridiza, ‘deixa passar’ ” (MONDARDO, 2018, p. 28), tornando-se um “espaço de passagem que incita o movimento contínuo de pessoas, mercadorias e informações” (MONDARDO, 2018, p. 68).

A partir dessa leitura, compreende-se a fronteira como um espaço de integração política, econômica e social, a partir dos fluxos e interesses comuns que surgem nas faixas limítrofes dos países fronteiriços, merecendo também ser analisada sob a perspectiva internacional.

1.3 Dimensão Jurídica

Para o Direito, de forma geral, a fronteira representa os limites territoriais do exercício da jurisdição e do poder soberano do Estado, que, desde a celebração dos Tratados de Paz de Westphalia, em 1648, passou a representar a expressão máxima do poder e a monopolizar o uso legítimo da força dentro de seu respectivo território.

De acordo com Bobbio (1998), o conceito clássico de soberania surge no final do século XVI, junto com a formação do Estado moderno, para caracterizar a autoridade suprema que, dotada do monopólio da força sobre determinada população dentro de determinado território, unificava e concentrava o poder político. O soberano, único centro de poder, era o responsável por unificar os súditos de seu reino para a defesa do território nacional contra os inimigos estrangeiros.

Inicialmente utilizada para descrever e legitimar o Estado absolutista e centralizador que substituía a forma de organização política fragmentada e descentralizada da Idade Média, o conceito de soberania foi se ampliando para abranger outras formas de governo em que o poder seria entregue a uma assembleia, adequando-se ao advento do constitucionalismo, do parlamentarismo e da democracia. Bobbio, no entanto, adverte para o fato de que o conceito clássico de soberania não é mais adequado para compreender o Estado contemporâneo diante de suas mudanças internas e da nova configuração do sistema internacional.

> No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional. Para o fim deste monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político e ideológico (BOBBIO, 1998, p. 1187-1188).

Para os fins do presente trabalho, dentre os poderes soberanos juridicamente constituídos do Estado, destaca-se o da supremacia da Constituição Federal, que delimita as competências da União e das suas respectivas unidades federadas nos casos em que o modelo federativo é adotado (BOBBIO, 1998, p. 1184).

Nas federações, a soberania pertence única e exclusivamente ao Estado Federal enquanto representante da nação, sendo suas unidades dotadas apenas de autonomia, um poder limitado que lhes garante a capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e legislação própria com base no que é previsto pela Constituição Federal de cada país.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Apesar da distribuição de competências variar de acordo com o que estabelece a Constituição de cada Estado Federal, as competências referentes à política externa e militar permaneceriam restritas somente à União, segundo a teoria federalista clássica. Deste modo, o monopólio da política externa e militar pela União é considerado pela doutrina majoritária do federalismo como uma característica fundamental de uma federação, fazendo com que ela se diferencie de uma confederação (PRAZERES, 2004; BOBBIO, 1998; DUCHACEK, 1970).

> A atribuição ao Governo federal do monopólio das competências relativas à política externa e militar permite eliminar fronteiras militares entre os Estados, de modo que as relações entre os Estados perdem o caráter violento e adquirem um caráter jurídico e todos os conflitos podem ser resolvidos perante um tribunal (BOBBIO, 1998, p. 481).

Ressalta-se, no entanto, que essa perspectiva do federalismo clássico lida com os conceitos de política externa e de relações internacionais sob uma perspectiva restrita, centrada em temas de segurança e defesa nacional. No entanto, a ascensão de temas relativos às questões socioeconômicas no contexto da globalização e da integração regional permitiu a inserção também dos governos subnacionais das unidades federadas nas relações internacionais.

Na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o monopólio da União em assuntos internacionais está expresso nos seguintes artigos:

> Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]; VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...].

Ao contrário de países como a Argentina, a Alemanha, a Áustria e a Bélgica, onde as ações externas dos governos não centrais são constitucionalmente reconhecidas, a paradiplomacia no Brasil não possui previsão constitucional expressa, sendo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribui somente à União a competência para relacionar-se com Estados estrangeiros. Dessa forma, compete ao Presidente da República acreditar seus representantes diplomáticos e celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, que deverão ser referendados no plano interno pelo Congresso Nacional.

Outro importante dispositivo constitucional que interessa ao presente trabalho é o Art. 20, § 2º, o qual estabelece o conceito de faixa de fronteira e a sua extensão:

> A faixa de até cento e cinqüenta *(sic)* quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

No Brasil, existem 588 municípios localizados na faixa de fronteira, distribuídos em onze estados, dentre os quais 29 são cidades gêmeas e seis delas são conurbadas[5]. Desse modo, existe uma diferença conceitual entre a faixa de fronteira (150 km de distância da linha para dentro) e a linha de fronteira (demarcação do limite

[5] "As cidades gêmeas conurbadas são aquelas em que a fronteira não é física (montanha, rio), mas é uma linha imaginária, geralmente traçada por uma rua. A linha que as divide, mesmo que seja politicamente bem demarcada, é móvel e borrada pela movimentação de bens e pessoas" (DESIDERA NETO; PENHA, 2016, p. 36).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

entre os países), conceitos jurídicos, para a região de fronteira, que se refere às dinâmicas sociais, econômicas e culturais que se desenvolvem no território fronteiriço (DESIDERA NETO; PENHA, 2016, p. 36).

Como o próprio texto constitucional ressalta, a questão fronteiriça é frequentemente tratada pelo Direito brasileiro pela lógica da defesa e da segurança nacional, considerando a fronteira não como um espaço de integração, mas sim de perigo e ameaça à soberania estatal, principalmente diante de práticas criminosas como o tráfico de drogas e o contrabando.

> (...) ainda quando se pretendesse que "zona de fronteira" tem que ter necessariamente o mesmo sentido de "faixa de fronteira" que o art. 20, § 2º, da Constituição considera fundamental para a defesa do território nacional, devendo sua ocupação e utilização ser reguladas em lei, é evidente que a lei poderá dar tratamento diferenciado a áreas situadas nesta "faixa de fronteira" em razão até da avaliação da necessidade de povoamento, para fins de defesa nacional, em umas e não em outras a justificar, ou não, a concessão de benefícios para a sua ocupação e utilização, ocupação e utilização essas que, por isso mesmo, foram deixadas para ser reguladas por lei (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003).

A associação entre fronteira e área de risco também se mostra evidente na legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei 8.112/1990 (Lei do Servidor Público), que em seu artigo 71 estabelece adicional de atividade penosa aos servidores em exercício em zonas de fronteira[6].

A discussão jurídica a respeito da competência sobre o controle dos fluxos fronteiriços foi destaque recentemente, em 2018, no imbróglio envolvendo a tentativa do governo de Roraima de fechar a fronteira do estado com a Venezuela ou limitar a entrada de venezuelanos no Brasil. Na ocasião, o caso chegou ao STF e a ministra Rosa Weber decidiu que o fechamento da fronteira era inconstitucional e violava tratados internacionais ratificados pelo Brasil, reforçando a competência da União para legislar e deliberar sobre o tema.

> A teor do art. 22, XV, da Constituição da República, compete privativamente à União legislar sobre "emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros" e, nos moldes do art. 21, XXII, da CF, compete à União a execução do serviço de polícia de fronteiras, inserido, pelo art. 144, § 1º, III, da CF, por sua vez, entre as atribuições da polícia federal. Dispõe, ainda, o art. 91, § 1º, III, da CF sobre a competência do Conselho de Defesa Nacional para propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Mesmo diante dessa decisão, acertada em nosso entendimento, os governos subnacionais desempenham diversas iniciativas de relações internacionais transfronteiriças, sejam elas formalizadas ou não. A seguir, buscaremos compreender como esse fenômeno se desdobra no plano empírico.

2 Fronteiras e relações internacionais

Na área de Relações Internacionais, a percepção sobre a fronteira apresenta diferentes características a depender do marco teórico utilizado, variando desde a ênfase na defesa nacional e na securitização das regiões fronteiriças por parte dos teóricos realistas, até a ênfase na interdependência e na cooperação entre os atores fronteiriços por parte dos teóricos liberais (SCHERMA, 2012).

[6]Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

2.1 A globalização e o mito da superação das fronteiras

Sobretudo a partir dos anos 1990, no auge do fenômeno da globalização que passa a pautar o debate acadêmico, emergem teses ultraliberais segundo as quais a globalização provocaria uma espécie de "desnacionalização" das economias através do estabelecimento de redes transnacionais de produção, comércio e finanças (HELD, *et al*, 1999). Como consequência, haveria um fenômeno de "retração do Estado" (STRANGE, 1996, p. 4) ou até mesmo o do seu fim "a partir do desenvolvimento de uma economia global realmente sem fronteiras" (OHMAE, 1996, p. 23).

Essas teses, no entanto, parecem não ter se concretizado no plano empírico. Conforme demonstrado por Rodrik (2000, p. 178), diversas pesquisas sobre o tema revelam que a integração econômica internacional permanece notavelmente limitada pelas fronteiras nacionais, que possuem um efeito de retração nos níveis de comércio em virtude das diferentes taxas de câmbio e legislações entre os países.

Nesse aspecto, ainda possui grande relevância prática a ideia de "fronteira política", como bem aponta Baller (2014, p. 59), materializado pelos órgãos estatais que controlam os fluxos fronteiriços:

> A fronteira política é entendida enquanto materialidade da fronteira, nessa concepção, as leis e a nação aparecem de forma a negociar a situação de fronteira para as pessoas em trânsito entre países e nos espaços limítrofes. E responsável por aproximá-las ou separá-las de seu interesse em ter mobilidade nesses espaços. Á fronteira política é formada por amplo aparato do Estado como Polícia Federal, Ministérios de Relações Exterior e Interior, diretórios centrais de recepção, tramitação e expedição de documentos, entre outros órgãos que acabam operacionalizando as funções para o Estado [...] A concepção política acerca da fronteira é responsável por delimitar a atuação desses órgãos e em consequência a legalidade que a própria fronteira exige. Não é raro ocorrer demandas com vistas a garantir a paz nesses locais, por meio de denúncias sobre perigo ou fatos extraordinários ligados aos limites dos países. A partir daí evocam- -se os velhos jargões sobre a necessidade de garantir a segurança nacional, mobilizam contingentes, criam leis e tratados, fecham temporariamente locais de passagem, atuam com maior rigor na fiscalização e circulação de bens, mercadorias e pessoas (BALLER, 2014, p. 59).

Em nosso entendimento, é possível reconhecer a existência de uma "difusão de poder" (NYE, 2010, p. 83) que estaria partindo do Estado em direção a novos atores, como corporações transnacionais, governos subnacionais e instituições internacionais sem, no entanto, negar a relevância do poder coercitivo estatal no controle, ou ao menos na regulação, dos fluxos de mercadorias, capitais e pessoas entre suas fronteiras. Menciona-se, por exemplo, a fixação de políticas migratórias que restringem a circulação de mão-de-obra, o estabelecimento de acordos regionais e o controle do acesso ao seu mercado interno através de tarifas, sanções, manipulação das taxas de câmbio e criação de carteis (NYE, 2010, p. 49).

Essa nova dinâmica do papel do Estado é bem sintetizada por Mondardo:

> Embora o papel dos Estados nacionais esteja mudando, ele ainda participa das mais variadas escalas e esferas da sociedade com fundamental capacidade de intervenção, regulação e mediação no processo de acumulação do capital. Se, de um lado, o Estado se modificou pela fragilização de várias de suas no tratamento de questões sociais [...] alarga-se a sua função de permitir e criar condições para a fluidez e circulação das mercadorias na esfera da economia neoliberal (MONDARDO, 2018, p. 32).

Assim, a maior permeabilidade das fronteiras diante das transformações políticas, econômicas e sociais causadas pela globalização, ainda que não represente uma ameaça real à soberania do Estado, possibilita o surgimento de novas práticas, como a atuação internacional de governos subnacionais - também conhecidos

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

como governos não centrais ou governos regionais/locais (estados-membros, províncias, departamentos e municípios) – historicamente restringidos ao exercício de competências domésticas de interesse local.

2.2 A atuação externa dos governos subnacionais fronteiriços

No campo teórico, diferentes conceitos, como os de paradiplomacia, diplomacia federativa e cooperação descentralizada, foram desenvolvidos e utilizados para explicar e caracterizar o fenômeno das ações internacionais dos governos subnacionais. Em geral, a opção pelo conceito de paradiplomacia reflete a perspectiva dos atores subnacionais, que possuem interesses locais próprios e buscam uma atuação internacional mais autônoma em relação ao governo central (DUCHACEK, 1990; SOLDATOS, 1990; RODRIGUES, 2008). Em contrapartida, conceitos como diplomacia federativa (PRAZERES, 2004; VIGEVANI, 2006) e cooperação descentralizada (RODRIGUES, 2008; SALOMÓN, 2012), sobretudo no Brasil, refletem a perspectiva dos governos centrais, que buscam coordenar, monitorar e/ou controlar essas ações, para evitar conflitos entre o interesse nacional e os interesses locais.

O elemento fronteiriço é apontado por Soldatos (1990, p. 48-49) e Duchacek (1990) como importante determinante da paradiplomacia, uma vez que a proximidade geográfica e demográfica, as afinidades culturais e as complementariedades econômicas ajudam a promovê-la.

No Brasil, o Rio Grande do Sul representa uma referência importante de paradiplomacia transfronteiriça no contexto da integração regional, com a criação da Secretaria Especial para Assuntos Internacionais (SEAI), em 1987, considerada a primeira secretaria estadual destinada a lidar com assuntos internacionais no país, durante o governo de Pedro Simon (1987-1990) (SEITENFUS, 1994; NUNES, 2005).

Dentre as iniciativas desenvolvidas, destaca-se a articulação da aproximação dos estados brasileiros da região sul do Brasil com as províncias fronteiriças do nordeste argentino, através da realização de diversos encontros envolvendo os governos estaduais e as prefeituras dos municípios fronteiriços através de Comitês de Fronteira (SEITENFUS, 1994).

Faz-se mister destacar aqui o apontamento feito por Albuquerque (2010, p. 50) de que essas regiões, mesmo pertencendo a Estados distintos, apresentam processos históricos, sociais e culturais em comum. Tanto o nordeste argentino quanto o sul brasileiro compunham “uma única região” que inicialmente se constituiu como área das missões jesuíticas e, a partir dos Séculos XIX e XX, como frentes extrativistas de erva-mate que receberam forte imigração europeia. Esse elemento reforça a tese de Kaplan (2004) de que as “fronteiras artificiais” tendem a tornar-se mais vulneráveis diante das forças de integração que ali emergem.

Outro ponto em comum entre eles é a distância dos centros políticos (Brasília e Buenos Aires), o que gerou, historicamente, uma percepção de omissão por parte dos respectivos governos centrais diante dos problemas específicos da região. A paradiplomacia transfronteiriça, portanto, passa a ser vista como uma alternativa a essa omissão (PRADO, 2013; COLACRAI; ZUBELZU, 2004; SEITENFUS, 1994).

Ao mencionar estudos na área de “cooperação subnacional” em regiões de fronteira, Scherma (2012, p. 127) nos revela que: “[...] são relativamente poucos aqueles que os relacionam às políticas nacionais,

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

interpretando-os mais como uma forma individual de fuga de uma cooperação oficial nacional lenta em busca de resultados mais rápidos".

Essa modalidade de paradiplomacia, portanto, busca atuar em questões envolvendo assuntos típicos das áreas de fronteira, como: o fluxo de pessoas e bens; a gestão de projetos comuns; a formação de arranjos produtivos locais binacionais; o compartilhamento de infraestrutura e serviços públicos; entre outros.

3 O caso da parceria Codesul-Crecenea

A Parceria entre Conselho de Desenvolvimento e Integração do Sul (CODESUL) e a Comissão Regional de Comércio Exterior do Nordeste Argentino (CRECENEA-LITORAL) é destacada de forma bastante positiva pela literatura brasileira que aborda a questão da atuação internacional dos governos subnacionais. Considerada como uma "zona de cooperação sub-regional" (PRAZERES; 2004) ou um "modelo de diplomacia subnacional regional" (JUNQUEIRA, 2014), ela é destacada como a principal articulação de governos subnacionais dentro do Mercosul (PRADO, 2013, p. 89); a primeira iniciativa paradiplomática multilateral na América Latina e modelo para o estabelecimento de futuras parcerias (LESSA, 2007).

No entanto, essa aproximação política entre os estados brasileiros da região sul e as províncias fronteiriças do nordeste argentino não ocorreu de forma isolada, mas dentro de um contexto mais amplo de cooperação e integração bilateral no nível nacional entre Brasil e Argentina.

3.1 O contexto internacional das relações bilaterais entre Brasil e Argentina

Na segunda metade da década de 1980, marcada pela consolidação da globalização como um importante fenômeno do sistema internacional, o Brasil e a Argentina iniciaram um processo de aproximação que resultou na celebração de diversos acordos de cooperação (econômica e política) entre os dois países. Ambos os Estados passavam por processos de redemocratização e liberalização econômica, e buscavam superar algumas rivalidades que marcavam as relações entre eles. Nesse contexto, a cooperação entre Brasil e Argentina se intensificou – resultando em acordos e pactos de integração e cooperação econômica – que possibilitaram a criação do Mercosul, em 1991.

Inicialmente, a Declaração de Iguaçu (1985) destaca-se por formalizar o objetivo de integração econômica e política entre Brasil e Argentina. Na sequência, assinou-se a Ata para a Integração Brasileiro-Argentina (1986), que resultou no Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), cuja finalidade principal era fomentar um espaço econômico comum através da complementação da economia de ambos os países através da intensificação das relações comerciais entre eles.

No âmbito do PICE, foram assinados diversos protocolos complementares, dentre os quais se destaca o Protocolo Regional Fronteiriço n. 23 (1988), que buscava o desenvolvimento da região de fronteira entre Argentina e Brasil. Este protocolo destaca-se por ser o primeiro instrumento internacional, negociado e aprovado pelo Brasil, que reconhece a participação de governos subnacionais na política externa, fomentando a cooperação descentralizada fronteiriça entre Brasil e Argentina (PRADO, 2019, 2013; NUNES, 2005; SEITENFUS, 1994).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

3.2 A formalização da parceria

A partir do Protocolo Regional Fronteiriço n. 23 (1988), formalizou-se a parceria entre o Conselho de Desenvolvimento e Integração do Sul (CODESUL) e a Comissão Regional de Comércio Exterior do Nordeste Argentino (CRECENEA-LITORAL), agregando estados-membros brasileiros e províncias argentinas ao Grupo de Trabalho Permanente (GTP) vinculado à Comissão de Execução do Programa, composto pelas chancelarias de ambos países (IPPOLITO, 2018; JUNQUEIRA, 2014; PRADO, 2019, 2013). A iniciativa buscou ampliar a participação destes atores no processo de integração regional que estava sendo desenvolvido entre Brasil e Argentina e fortalecer o desenvolvimento econômico da região fronteiriça.

De acordo com Lessa (2007) e Seitenfus (1994), o Protocolo Regional Fronteiriço n. 23 garante a produção de efeitos legais aos compromissos assumidos entre os governos subnacionais do CODESUL e CRECENEA, o que não costuma ocorrer em outros casos de cooperação descentralizada, nos quais ainda predomina uma situação de informalidade por conta das restrições da Constituição Federal de 1988, que estabelece competências internacionais apenas para a União[7].

Além do GTP, foram criados os Comitês de Fronteira nas cidades gêmeas de *Foz do Iguaçu - Puerto Iguazú* e *Uruguaiana – Paso de Los Libres.* Estes órgãos são compostos por autoridades locais e presididos por representantes consulares para debater temas socioeconômicos e problemas operativos de fronteira (SALOMÓN; NUNES, 2007; SEITENFUS, 1994). De acordo com Colacrai e Zubelzu (2004, p. 159), os comitês indicam a implementação de um esquema jurídico-político de cooperação descentralizada e integração fronteiriça para regular temas de interesse comum – desenvolvimento regional, educação, comércio, circulação de mercadorias, combate ao tráfico, entre outros.

Após um período em que foram realizadas reuniões esporádicas entre os governadores dos dois grupos sub-regionais, a Declaração de Paso de Los Libres (1995) promoveu um avanço institucional ao criar o Foro Permanente de Governadores do CODESUL-CRECENEA, conferindo formato institucional às reuniões, que passaram a ocorrer duas vezes por ano (JUNQUEIRA, 2014; MEDEIROS, 2008). De forma complementar, foram criados onze Grupos de Integração Temática[8] (GIT's), compostos por representantes dos governos subnacionais (SALOMÓN; NUNES, 2007).

Para Medeiros (2008), as reuniões semestrais entre os governadores representam um ato político no qual os atores subnacionais reivindicam sua importância no processo de governança regional através de políticas públicas em áreas como educação, cultura, meio ambiente e transporte. No entanto, as reuniões técnicas e os encontros de governadores perderam força a partir de 2000, com a eclosão da grave crise econômica argentina (SALOMÓN; NUNES, 2007).

[7] Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]; VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...].

[8] Os GITs eram os de Aspectos Fronteiriços (subgrupos Defesa Civil e Agricultura), Saúde, Educação, Cultura, Turismo, Meio Ambiente, Segurança, Infraestrutura (subgrupos Transporte, Comunicação e Gasoduto), Ciência e Tecnologia, Cooperação Técnica e Conselhos Profissionais.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Em 2008, essas ações foram retomadas a partir de um contexto político mais favorável em diferentes níveis. No nível nacional, houve um encontro entre os presidentes Lula e Cristina Kirchner no dia 22 de fevereiro de 2008, em Buenos Aires, no qual foram reforçados os compromissos em fortalecer a cooperação e a integração bilateral entre os dois países. No nível local, destaca-se o protagonismo do estado do Rio Grande do Sul, então governado por Yeda Crusius (PSDB), que buscou se reaproximar das províncias argentinas enquanto esteve na presidência do CODESUL (2007-2008) (FERREIRA, 2015).

Deste modo, foi realizado, em 2008, o X Fórum de Governadores do CODESUL e do CRECENEA-Litoral, ocasião em que foi redigida a Carta de Porto Alegre[9]. Tal documento reforça o compromisso dos governos subnacionais na busca pelo aprofundamento da integração física e energética da região, pelo desenvolvimento econômico e social, pela preservação ambiental, pela integração cultural e turística e pelo fortalecimento do conceito de cidadania sul-americana.

3.3 Esvaziamento e legado da parceria

Apesar da longa trajetória percorrida, o X Fórum de Governadores em Porto Alegre foi o último ápice político da parceria institucional entre o CODESUL e o CRECENEA, que se encontra atualmente como um arranjo bastante fragilizado diante de sua prolongada inatividade política (CALDEIRA, 2019; IPPOLITO, 2018; FERREIRA, 2015).

Mesmo assim, esta parceria é apontada como uma importante forma de inserir os governos não centrais no processo de integração regional do Mercosul, influenciando politicamente o *modus vivendi* do bloco e promovendo sua democratização, mesmo diante dos limites impostos por seu caráter intergovernamental. Assim, cria-se uma espécie de governança regional, na qual os estados brasileiros e províncias argentinas se envolvem de forma conjunta em assuntos como infraestrutura, saúde, cultura, educação, turismo, meio ambiente, ciência e tecnologia, cooperação técnica e segurança (MEDEIROS, 2003; 2008).

De fato, trata-se de um importante marco para a cooperação descentralizada não apenas no plano político, conforme já relatado, como também no plano jurídico através da produção de efeitos legais aos compromissos assumidos no âmbito da cooperação descentralizada (LESSA, 2007; SEITENFUS, 1994).

> O que parecia impossível restava conquistado; pela primeira vez na história de nossa política externa, o governo central admitia, formalmente, que estados da União exercessem, ainda que sob certas condições, atividades autônomas de caráter internacional. A partir da assinatura do Protocolo 23, nove estados e províncias dos dois países poderiam promover seus interesses externos mútuos sem se remeterem às chancelarias (SEITENFUS, 1994, p. 86).

Em um recente estudo de caso sobre o CODESUL-CRECENEA, Caldeira (2019, p. 92) destaca o seu legado positivo e as ações desenvolvidas ao longo dos seus mais de trinta anos de existência:

[9] Documento Disponível em: https://estado.rs.gov.br/integra-da-carta-de-porto-alegre. Acesso em 11 de dezembro de 2019.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> É importante destacar, todavia, que o CODESUL/CRECENEA-LITORAL trata-se de um projeto relativamente bem-sucedido; seus trinta anos de existência e uma série de ações e obras concretizadas sob seus auspícios não fazem mentir. Pontes, rodovias, programas de intercâmbio científico, cooperação técnica e ambiental constituem necessidades comuns que muitas vezes só foram possíveis materialmente devido a essa inflexível congruência de interesses dos estados federados brasileiros e províncias argentinas limítrofes. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que a iniciativa subnacional produziu impactos interessantes (CALDEIRA, 2019, p.92).

Assim como a criação de secretarias específicas para as relações internacionais nos governos estaduais e municipais, a parceria entre o CODESUL e CRECENEA é apontada por Vigevani (2006, p. 22) como um exemplo de institucionalização da paradiplomacia regional. Dentro dessa perspectiva, é possível inferir que esta iniciativa é influenciada pelos mesmos fatores domésticos que implicam na descontinuidade das ações desenvolvidas por estados-membros, províncias e municípios, fenômeno conhecido como *stop and go* (BUENO, 2010; MATSUMOTO, 2011; JUNQUEIRA, 2015). Diante de eventos como trocas de mandato, oscilações econômicas e político-partidárias, e até mesmo questões pessoais dos governadores, é comum que os órgãos criados para lidar com questões internacionais sejam esvaziados, reestruturados e até mesmo extintos[10].

De acordo com Ippolito (2018, 2017), essa descontinuidade se deve a problemas estruturais da integração fronteiriça entre Brasil e Argentina no âmbito do Mercosul, entre eles: a falta de consciência social sobre as potencialidades do desenvolvimento local; a ausência de um sentimento de identidade fronteiriça comum entre as populações e, principalmente, a não incorporação da sociedade civil organizada em questões envolvendo a integração regional e fronteiriça, o que gera um déficit democrático e participativo que enfraquece o desenvolvimento da parceria CODESUL-CRECENEA.

> Se constatou que por suas deficiências institucionais – sobretudo a existência de espaço formais para a participação dos cidadãos e da sociedade civil – o esquema de integração falhou em consolidar socialmente uma identidade que o âmbito público se tentanva impulssionar (IPPOLITO, 2018, p. 141, tradução nossa)[11].

Ao versar sobre a integração regional no âmbito do Mercosul como um todo, essa crítica também é feita por França (2011, p. 336), quem argumenta que, apesar do aumento do interesse de outros atores pela política externa no contexto da integração regional, os processos envolvendo as principais negociações e tomadas de decisão foram estritamente conduzidos pelos presidentes e diplomatas, não envolvendo um amplo debate nacional que incorporasse os atores da sociedade civil.

Caldeira (2019), por sua vez, argumenta que o principal problema para o avanço da parceria tem sido a falta de um marco jurídico para o exercício da paradiplomacia, além da centralização por parte dos Estados Nacionais na condução das relações exteriores, restringindo a autonomia dos estados-membros e províncias

[10] No Brasil, exemplos desse fenômeno são: Rio de Janeiro (1983 – 1990), Ceará (1995 – 2006) e Amapá (1995 – 2002) (BUENO, 2010; RODRIGUES, 2004). Na Argentina, o fenômeno também ocorre, sobretudo diante de crises como a de 2001, quando muitas administrações provinciais extinguiram os órgãos voltados para assuntos internacionais. Ao versar sobre a fragilidade desses órgãos, Paikin (2010, p. 47-48) afirma que geralmente são os primeiros a serem descartados em momentos de crise, pois a sociedade tem dificuldades para reconhecer a sua real utilidade.

[11] Se ha constatado que por sus deficiencias institucionales –sobre todo la inexistencia de espacios formales para la participación ciudadana y de la sociedad civil– el esquema de integración falló en consolidar socialmente una identidad que desde el ámbito público se intentaba impulsar.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

para celebrarem acordos. Ademais, o autor também menciona a imposição unilateral de altos impostos alfandegários e a falta de incentivos fiscais e subsídios por parte dos respectivos governos centrais.

> Entretanto, a paradiplomacia não está institucionalizada no Brasil, de modo que a condução do assunto pelos estados e municípios ainda padece de heterogeneidade. Como não há um modelo a ser seguido, diferem os enfoques e as formas de organização de acordo com os interesses e o perfil de cada região; além de, por vezes, até o partido político no poder determinar opções distintas Ao mesmo tempo, inexiste a regulamentação expressa da prática da diplomacia ad hoc no Brasil, o que traz ainda sérios empecilhos a uma atuação internacional ativa por partes das unidades federadas pátrias. […] *In casu*, tal asserção ganha ainda mais relevância. Nesse sentido, é inegável que o que dificulta e retarda o avanço do CODESUL/CRECENEA-LITORAL, é a falta de autonomia de que persistem gozando, no Brasil e Argentina, estados e províncias. Inúmeros acordos firmados, sobretudo a partir do advento do Foro Permanente de Governadores, simplesmente esbarraram na burocracia dos governos federais respectivos, por vezes refratários às angústias e interesses locais. Nesse ensejo, não é à toa que, por ocasião de todas suas reuniões, o CODESUL/CRECENEA-LITORAL tenha ressaltado a necessidade do apoio e reconhecimento dos governos centrais brasileiro e argentino, além do próprio MERCOSUL (CALDEIRA, 2019, p. 90).

Ressalta-se, no entanto, que no âmbito específico da parceria CODESUL-CRECENEA, existe um entendimento segundo o qual todo o seu arranjo institucional foi desenvolvido sob o marco legal do Protocolo Regional Fronteiriço n. 23 (1988) que complementou o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE) celebrado entre Brasil e Argentina.

Nesse sentido, houve o reconhecimento formal da paradiplomacia desenvolvida por parte dos governos subnacionais da região (LESSA, 2007; SEITENFUS, 1994). Em outras palavras, ainda que não exista um marco jurídico geral da paradiplomacia previsto expressamente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o referido Protocolo representa uma espécie de "acordo guarda-chuva" (*umbrella agreement)* (SOLDATOS, 1990, p.38) que legitima a parceria em tela.

Considera-se, assim, que as conclusões apontadas por Caldeira (2019) e Ippolito (2018) destacam a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre questão, pois, apesar da inatividade do Foro Permanente de Governadores do CODESUL-CRECENEA, é possível identificar outras iniciativas relevantes de paradiplomacia transfronteiriça nessa região, sobretudo no nível municipal através de Comitês de Fronteira e arranjos similares desenvolvidos em cidades-gêmeas, principalmente aquelas conurbadas[12].

Nesse contexto, costuma-se alegar que as regiões de fronteira, de forma geral, e as cidades gêmeas, de forma específica, atuam como "laboratório da integração regional" (DESIDERA NETO; PENHA, 2016, p. 36), como um "*locus* propício para as ações de cooperação e para a inserção internacional dos governos subnacionais" (BANZATTO; PRADO, 2014, p. 20) e como dotadas de um papel de grande importância no processo de integração regional, muitas vezes atuando como uma região de vanguarda na cooperação transfronteiriça (CARNEIRO, 2019). Isso ocorre pelo fato de que as decisões tomadas no âmbito regional repercutem com maior intensidade na fronteira, onde existem dinâmicas transfronteiriças de interlocução econômica (comercial, trabalhista e financeira) e social (no âmbito das relações familiares e no

[12] "As cidades gêmeas conturbadas são aquelas em que a fronteira não é física (montanha, rio), mas é uma linha imaginária, geralmente traçada por uma rua. A linha que as divide, mesmo que seja politicamente bem demarcada, é móvel e borrada pela movimentação de bens e pessoas (DESIDERA NETO; PENHA, 2016, p. 36).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

compartilhamento de serviços públicos de saúde e educação) que perpassam os limites territoriais impostos pelo Direito.

A título ilustrativo, o estudo de Desidera Neto e Penha (2016) sobre a *Cartilha da Cidadania do Mercosul*, documento editado em 2010 com o objetivo de normatizar questões do interesse dos cidadãos do bloco, identificou que das 59 iniciativas listadas[13], apenas seis (10%) não apresentavam maior impacto nas regiões de fronteira em comparação com o interior dos países e os grandes centros urbanos. Na conclusão, os autores destacam que "Estes números indicam que são poucas as decisões em que o impacto na fronteira não é maior, reforçando a ideia de que são espaços em que o monitoramento e a avaliação de políticas públicas de integração regional merecem maior atenção" (DESIDERA NETO; PENHA, 2016, p. 48).

Nas cidades gêmeas, onde as pessoas vivem diariamente a integração fronteiriça em sua plenitude, a questão se mostra ainda mais evidente. Tal fato é reconhecido não apenas pelo meio acadêmico, mas pelas próprias burocracias estaduais. Segundo documento intitulado "Plano de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira/MS", elaborado pelo governo estadual do Mato Grosso do Sul, estado que possui oito cidades-gêmeas:

> O meio geográfico que melhor caracteriza a Faixa de Fronteira é aquele formado pelas cidades-gêmeas. Esses adensamentos populacionais cortados pela linha de fronteira (seja esta seca ou fluvial, articulada, ou não, por obra de infraestrutura) apresentam grande potencial de integração econômica e cultural, assim como manifestações condensadas dos problemas característicos da fronteira, que aí adquirem maior densidade, com efeitos diretos sobre o desenvolvimento regional e a cidadania (GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, 2012, p. 13)

Na fronteira envolvendo o Mato Grosso do Sul (membro do CODESUL desde 1992) com o Paraguai, sobretudo no âmbito das cidades-gêmeas de Ponta Porã (MS) e Pedro Juan Caballero (PY), é possível identificar iniciativas de paradiplomacia transfronteiriça como o Parlamento Internacional Municipal (PARLIM); a Gestão Integrada da Bacia do Rio Apa (GIAPA); a Gestão Municipal e Comunitária no Serviço de Coleta e Disposição dos Resíduos Sólidos e o Projeto Urbal III – Línea Internacional, programa de revitalização urbana levada à cabo pelas prefeituras das cidades gêmeas de Ponta Porã – BR e Pedro Juan Caballero – PY com recursos da União Europeia (PRADO, 2019). Além destas, destaca-se também o Projeto CODESUL Fronteiras, para mapeamento e diagnóstico de todo tipo de violência que acomete as mulheres nas regiões fronteiriças dos estados-membros do CODESUL, apresentado na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado Federal no dia 11/07/2019 (SENADO FEDERAL, 2019).

Na fronteira com a Argentina, um caso relevante nesse sentido é o Consórcio Intermunicipal da Fronteira (CIF), formado pelos municípios de Barracão e Bom Jesus do Sul (Paraná), Dionísio Cerqueira (Santa Catarina) e Bernardo de Irigoyen (*Misiones* – Argentina). A formalização desse consórcio, que consta com Estatuto e inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) ocorreu em 2009, um ano depois do X Fórum de Governadores em Porto Alegre (2008), considerado como o último ápice político da parceria institucional entre o CODESUL e o CRECENEA. Dentre os principais objetivos do consórcio, destaca-se a gestão conjunta da

[13] "As iniciativas são divididas em doze categorias: i) circulação de pessoas e bens; ii) trabalho e seguridade social; iii) educação; iv) defesa do consumidor; v) apoio à produção e ao comércio; vi) correspondências e encomendas; vii) cooperação consular e jurídica; viii) direitos humanos; ix) integração cultural; x) aspectos sanitários e de saúde; xi) dimensão social e xii) temas diversos" (DESIDERA NETO; PENHA, 2016, p. 39).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

infraestrutura local, uma vez que os municípios em questão formam na prática um único tecido urbano (AGNES *et al*, 2013, p. 1.168).

Na fronteira do Paraná com a Argentina, o Comitê de Integração entre Foz do Iguaçu e Puerto Iguazú já realizou XXXV Reuniões Anuais, sendo a última em 2017, que contou com uma representante do Ministério das Relações Exteriores do Brasil e foi composta por oito mesas temáticas: comércio, turismo, migração, infraestrutura, planejamento urbano, educação, saúde e cultura (GOVERNO DO MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇÚ, 2017).

No Rio Grande do Sul, os Comitês de Integração Fronteiriça envolvendo municípios gaúchos que fazem fronteira com a Argentina (Uruguaiana – Paso de Los Libres[14]; São Borja – Santo Tomé[15]) continuam ativos, realizando reuniões e encontros que contam inclusive com representantes da SAF (Subchefia de Assuntos Federativos) da Presidência da República[16], do Consulado Brasileiro e do Consulado Argentino (MENDES *et al*, 2019).

As cidades de Uruguaiana (RS) e Passo de Los Libres (ARG) já realizaram XIV encontros do Comitê de Integração Fronteiriça, ao passo que São Borja (RS) e Santo Tomé (ARG), apesar de terem formalizado seu Comitê de Fronteira apenas em 2018, já contam também com uma Câmara Legislativa Binacional (MENDES *et al*, 2019).

Na tríplice fronteira envolvendo Brasil, Argentina e Uruguai, foi publicado em 2019 um Memorando de Entendimento entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina e a República Oriental Do Uruguai sobre a criação e o funcionamento do Comitê de Integração Fronteiriça Trinacional Barra Do Quaraí (Brasil), *Monte Caseros* (Argentina) e *Bella Unión* (Uruguai) com o objetivo de "receber demandas da população local e promover medidas que contribuam para o desenvolvimento social, econômico-comercial, cultural, científico-tecnológico, sanitário, ambiental, turístico e esportivo da zona fronteiriça conformada pelas três cidades referidas" (BRASIL, 2019, Art. 1º).

De forma geral, todas essas iniciativas buscam promover a integração fronteiriça através da adoção conjunta de políticas públicas nas mais diversas áreas (educação, saúde, infraestrutura e comércio), como a criação de escolas fronteiriças e a promoção do intercâmbio universitário; a integração de ações e serviços de saúde na região de fronteira através de programas como o SIS Fronteiras; a construção de pontes e outras obras de infraestrutura para interligar as cadeias produtivas fronteiriças; a criação de lojas "*free shop*" para estimular o turismo de compras e fomentar o setor de serviços na fronteira; entre outros (CARNEIRO, 2019).

[14] Maiores informações em: https://www.uruguaiana.rs.gov.br/noticia/view/4647/comite-de-fronteira-debate-temas-relacionados-a-integracao-do-brasil-e-argentina?fbclid=IwAR0gpk6fN0e3bBx67Wg3wwDOijyhXG3S2sK95H55Lweyx4PDZ626n0OQZIk

[15] Maiores informações em: https://www.saoborja.rs.gov.br/index.php/ultimas-noticias/1449-sao-borja-e-santo-tome-formalizam-formacao-de-comite-de-integracao?fbclid=IwAR1G6mH_ITThCCWKVLcwG4vZFgSG7FEWWgTlRgs6diRr1aRvinR9ZcStfMU

[16] Maiores informações em: http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/saf-participa-de-comites-de-integracao-fronteirica-na-regiao-sul

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Considerações Finais

A partir dos conceitos e fatos analisados, conclui-se que a parceria entre o CODESUL e o CRECENEA nos revela um importante exemplo empírico de que a fronteira pode ser também um espaço que aproxima atores fronteiriços de diferentes países através de mecanismos formais e informais de integração.

Mesmo diante da fragilidade atual, a iniciativa é apontada como uma importante forma de inserir os governos não centrais fronteiriços no processo de integração regional do Mercosul, não apenas sendo influenciado por ele, mas também promovendo iniciativas próprias para lidar com questões locais. Assim, criou-se uma espécie de "governança regional" (MEDEIROS, 2008), na qual os estados brasileiros e províncias argentinas se envolveram de forma conjunta em assuntos como infraestrutura, saúde, cultura, educação, turismo, meio ambiente, ciência e tecnologia, cooperação técnica e segurança.

Trata-se, portanto, de uma experiência pioneira que serve de exemplo para iniciativas similares em outras regiões fronteiriças, a exemplo do que já vem ocorrendo na fronteira entre o Brasil e seus vizinhos do Mercosul, sobretudo nas cidades-gêmeas através de iniciativas como Consórcios Intermunicipais e Comitês de Fronteira destinados a resolver problemas fronteiriços comuns.

Por fim, é importante ressaltar que, para evitar o enfraquecimento e a descontinuidade dessas ações, é imprescindível a inclusão não apenas das burocracias locais, mas também da sociedade civil organizada, agregando maior legitimidade às iniciativas e criando a noção de uma identidade fronteiriça entre os povos. Essa inclusão justifica-se principalmente pelo fato de que os cidadãos fronteiriços são aqueles que mais sofrem os impactos (positivos ou negativos) da integração regional.

Referências

AGNES, Juliane Sachser; MATTOS, Sandra Mara Matuisk; KLOZOVSKI, Marcel Luciano; STURM, Marlete Inês. Consórcio Intermunicipal da Fronteira (CIF): descrevendo as principais ações voltadas ao desenvolvimento regional a partir da perspectiva do poder público municipal. **Rev. Adm. Pública**, v. 47, n. 5, p. 1165-188, set./out. 2013.

ALBUQUERQUE, J. L. C. **A dinâmica das fronteiras:** os brasiguaios na fronteira entre o Brasil e o Paraguai. São Paulo: Annablume, 2010.

BALLER, Leandro. **Fronteira e Fronteiriços**: a construção das relações socioculturais entre brasileiros e paraguaios (1954-2014). Curitiba; CRV, 2014.

BANZATTO, A. P. A. **A Inserção Internacional Dos Governos Não Centrais Brasileiros E Argentinos Em Perspectiva Comparada.** Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UnB): Brasília, 2015.

BANZATTO, A. P. A.; PRADO, H. S. A. A paradiplomacia, a cooperação descentralizada e integração fronteiriça no Mercosul. **Meridiano 47**, v. 15, n. 141, p. 18 – 24, jan-fev, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política,** vol. I. 11ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **Memorando de Entendimento entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina e a República Oriental do Uruguai sobre a criação e o funcionamento do Comitê e**

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Integração Fronteiriça Trinacional Barra Do Quaraí (Brasil), *Monte Caseros* (Argentina) e *Bella Unión* (Uruguai). Diário Oficial da União: Brasília, 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/memorando-de-entendimento-entre-a-republica-federativa-do-brasil-a-republica-argentina-e-a-republica-oriental-do-uruguai-sobre-a-criacao-e-o-funcionamento-do-comite-de-integracao-fronteirica-trinacional-barra-do-quarai-brasil-monte-caseros-argentina-e-bel. Acesso em: 28/04/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em :15 de abril de 2020.

CALDEIRA, Alberto Lunardelli. Codesul/Crecenea-Litoral: Aspectos de um Projeto da Paradiplomacia no Mercosul. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul**, ano 7, n. 13, p. 77-94, mar., 2019.

CARNEIRO, Camilo Pereira. La Cooperación Transfronteria en las Ciudades Gemelas de la Frontera Sur de Brasil. **Aldea Mundo**, año 24, n. 47, p. 39-50, enero-junio 2019.

COLACRAI, Miryam; ZUBELZÚ, Graciela. Las vinculaciones externas y la capacidad de gestión internacional desplegadas por las províncias argentinas en la última década: una lectura desde las relaciones internacionales. In: VIGEVANI, Tullo et al (org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais**. São Paulo: EDUC, 2004.

COSTA, Wanderley Messias da. **Geografia política e geopolítica**. São Paulo, Edusp,1992.

DESIDERA NETO, Walter Antonio; PENHA, Bruno. As Regiões de Fronteira como Laboratório de Integração Regional no Mercosul. Boletim de Economia e Política Internacional (BEPI), n. 22, jan/abril de 2016, pp. 33 – 50. In: DESIDERA NETO; W.; PENHA, B.; MORAES, R. **Mercosul e regiões de fronteira**. Brasília: IPEA, 2016.

DUCHACEK, Ivo. Perforated sovereignties: towards a typology of news actors in international relations. In: SOLDATOS, Panayotes; MICHELMANN, Hans (Eds.). **Federalism and International Relations**: the role of subnational units. New York: Oxford University Press, 1990, p. 1-33.

FERREIRA, Bruno Guedes. A Paradiplomacia no Rio Grande do Sul (2007-2014): um comparativo das ações externas em diferentes posições político partidárias. **I Seminário Internacional de Ciência Política Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2015.

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. **Plano de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira/MS**: Campo Grande, 2012.

GOVERNO DO MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU. **Comitê de Integração entre Foz do Iguaçu e Puerto Iguazú Discute Questões da Fronteira**. Foz do Iguaçu: 2017. Disponível em: http://www.pmfi.pr.gov.br/noticia/?idNoticia=41767. Acesso em: 28/04/2020.

HELD, David *et al*. **Global Transformations:** Politics, Economics and Culture. Stanford: Stanford University Press, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Caminhos e Fronteiras**. 3ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 1994.

JUNQUEIRA, Cairo Gabriel Borges. **A Inserção Internacional dos Atores Subnacionais e os Processos de Integração Regional**: Uma Análise da União Europeia e do Mercosul (Dissertação de Mestrado). Universidade de Brasília: Brasília, 2014.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

IPPOLITO, Daniel. Revisitando viejos esquemas de cooperación transfronteriza en el MERCOSUR: un análisis de la institucionalidad de CRECENEA y su proyección hacia los Estados del Sur de Brasil (CODESUL). **Pampa**, Santa Fe, n. 15, p. 9-29, jun. 2017.

IPPOLITO, Daniel. Revisitando viejos esquemas de cooperación transfronteriza en el MERCOSUR: un análisis de la institucionalidad de CRECENEA y su proyección hacia los Estados del Sur de Brasil (CODESUL). **Pampa**, Santa Fe, n. 15, p. 9-29, jun. 2017.

KAPLAN, Robert. **A vingança da geografia**: a construção do mundo geopolítico a partir da perspectiva geográfica. São Paulo, Campus, 2013.

KNAUSS. Paulo (org.). O significado da fronteira na história americana; e; O problema do oeste. In: **Oeste americano**: quatro ensaios de história dos Estados Unidos da América de Frederick Jackson Turner. Niterói – RJ: EdUFF, 2004, p. 23-69.

LESSA, José Vicente da Silva. **Paradiplomacia no Brasil e no Mundo:** o poder de celebrar tratados dos governos não centrais. Viçosa: Ed. UFV, 2007.

MACHADO, Lia Osório. Limites, Fronteiras, Redes. In: T.M.Strohaecker *et al* (org.). **Fronteiras e Espaço Global**. Porto Alegre: AGB, 1998.

MEDEIROS, Marcelo de Almeida. Legitimidade, Democracia e Accountability no Mercosul. **RBCS**, v. 23, n. 67, p. 51-69, junho, 2008.

MEDEIROS, Marcelo de Almeida. Dinâmica subnacional e lógica centro-periferia: os impactos do Mercosul na economia política dos estados de Pernambuco, Bahia, São Paulo e Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Política Internacional,** Brasília, ano 49, n. 1, 2006.

MENDES, Larissa Zanela; CEOLIN, Lisianne Pintos Sabedra; COLVERO, Ronaldo Bernardino. Relações intermunicipais de fronteira: análise dos mecanismos de integração adotados pelas cidades gêmeas de São Borja (Brasil) e Santo Tomé (Argentina). **Diálogo**, Canoas, n. 40, p. 81-92, abr. 2019

MONDARDO, Marcos L. Fronteiras, e, Da transculturação à transterritorialidade: a emergência de outras cartografias. In: ____. **Territórios de trânsito:** dos conflitos entre Guarani e Kaiowá, paraguaios e gaúchos à produção de multi/transterritorialidade na fronteira. Rio de Janeiro: Consequência, 2018, p. 27-127.

NUNES, Carmen Juçara da Silva. **A paradiplomacia no Brasil**: o caso do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2005.

NYE, Joseph. **The Future of Power**. Washington, DC: Public Affairs, 2010.

OHMAE, Kenichi. **O Fim do Estado-nação: a ascensão das economias regionais.** Rio de Janeiro: Campus, 1996.

PAIKIN, Damián. **Integración Regional y Nuevos pactos Federale**s: El rol de los gobiernos sub-nacionales en el MERCOSUR (Tese de Doutorado). Universidad de Buenos Aires: Buenos Aires, 2010.

PAIKIN, Damián. Federalismo e integración regional: los vínculos de las provincias argentinas con el MERCOSUR. **Revista Estudios en Relaciones Internacionales**, n. 41, p. 131-148. Buenos Aires, 2011.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

PRADO, Henrique Sartori de Almeida. **A cooperação descentralizada e a política para a fronteira no Brasil**. Curitiba: Íthala, 2019.

PRADO, Henrique Sartori de Almeida. **Inserção dos atores subnacionais no processo de integração regional:** o caso do Mercosul. Dourados: Ed. UFGD, 2013.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras ante os processos de integração regional. In: VIGEVANI, Tullo et al (org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais.** São Paulo: EDUC; Fundação Editora da UNESP; Bauru: EDUSC, 2004.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais federativas no Brasil. **Revista Dados**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 1015-1034, 2008.

RODRIK, Dani. How far will international integration go? **Journal of Economic Perspectives**, v.14, n.1, p. 177-186 2000.

SALOMÓN, Mónica. Em que medida é possível integrar a Cooperação Descentralizada na dimensão Sul-Sul da política externa brasileira? **Revista Mural Internacional.** Ano III - nº 2, p. 9–15, 2012.

SALOMON, Mónica; NUNES, Carmen. A ação externa dos governos subnacionais no Brasil: os casos do Rio Grande do Sul e de Porto Alegre. Um estudo comparativo de dois tipos de atores mistos. **Contexto int.**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, 2007.

SCHERMA, Márcio Augusto. As Fronteiras nas Relações Internacionais. **Revista Monções***,* v.1, n.1, p. 103-132, jan./jun., 2012.

SEITENFUS, Ricardo. **Para uma nova política externa brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

SENADO FEDERAL. **38ª Reunião da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional**. Brasília: 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/8778. Acesso em: 28 de abril de 2020.

SOLDATOS, Panayotis. An Explanatory Framework for the study of Federated States as Foreign Policy Actors. In: MICHELMANN, H; SOLDATOS. **Federalism and International Relations:** the role of subnational units. Oxford: Clarendon Press, 1990.

STRANGE, Susan. **The retreat of the state:** The diffusion of power in the world economy. Cambridge Studies in International Relations. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Cível Originária 3.121/RR**, Tutela Provisória, rel. min. Rosa Weber, DJ Nr. 160 do dia 08/08/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI 400.975 AgR**, rel. min. Moreira Alves, j. 25-3-2003, 1ª T, DJ de 25-4-2003.

VIGEVANI, Tullo. Problemas para a atividade internacional das unidades subnacionais: Estados e municípios brasileiros. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 62, p. 127 – 139, 2006.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Migrações internacionais e políticas públicas: análise da recepção aos venezuelanos à luz dos institutos do visto de residência e da acolhida humanitária

International migrations and public policies: the reception of venezuelans in the light of residency visa and humanitarian welcoming institutes

Arthur Ciciliati Spada
Mestrando em Direito (PUC-Campinas)
Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)
Campinas, São Paulo, Brasil
E-mail: arthurcspada@gmail.com

Pedro Pulzatto Peruzzo
Doutor em Direito (USP)
Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)
Campinas, São Paulo, Brasil
E-mail: peruzzopp@hotmail.com

Resumo: As solicitações de residência de venezuelanos no Brasil são respaldadas pela Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018 (MJ/MRE/MT), que estende a autorização de residência para nacionais dos Estados-Partes do Mercosul e países associados (promulgado pelo Decreto 6.975/2009) ao imigrante que esteja no Brasil e seja nacional de país fronteiriço. Essa Portaria foi editada dentro do espectro de discricionariedade do governo, fundamentada no interesse da política migratória nacional. Nesse sentido, trata-se de uma norma precária, que pode ser revogada por simples Portaria ministerial subsequente e, além disso, considerada a conjuntura de tensão que se instalou com o acirramento da crise na Venezuela e a mudança de governo brasileiro em janeiro de 2019, a possibilidade de sua revogação é um fato que merece ser considerado, com o objetivo de pensar possibilidades jurídicas para que os embates políticos dos atuais governos não aprofundem a crise suportada por esses migrantes. Com este estudo, temos como objetivo verificar a possibilidade de defender, com base na Constituição, nos tratados internacionais e nas leis vigentes, o acolhimento humanitário aos venezuelanos como um dever de Estado e não como mera liberalidade do governo ligada à sua política migratória. Nossa hipótese é que se trata de um dever, e não uma opção. Nesse sentido, não apenas deve ser mantido independentemente de mudanças governamentais, como deve ser constituído, este acolhimento humanitário, não somente por uma autorização de entrada, mas também por políticas públicas que o tornem efetivo como forma de promoção e garantia de direitos.

Palavras-chave: Migrações. Políticas públicas. Cooperação internacional. Direitos Humanos. Venezuelanos.

Abstract: The requests for residence of Venezuelans in Brazil are supported by the Interministerial Ordinance Nº 9 of March 14, 2018 (MJ/MRE/MT), which extends the residence permit to nationals of Mercosur Member States and associated countries (Promulgated by Decree 6.975/2009) to the immigrant who is in Brazil and is a national of a frontier country. This Ordinance was issued within the government's discretion spectrum, based on the interest of national migration policy. In this sense, it is a precarious norm, which can be revoked by simple subsequent ministerial decree and, in addition, considering the conjuncture of tension that was installed with the worsening of the crisis in Venezuela and the change of Brazilian government in January 2019, the possibility of its revocation is a fact that deserves to be considered, in order to think about legal possibilities so that the political clashes of the current governments do not deepen the crisis endured by these migrants. With this study, we aim to verify the possibility of defending, based on the Constitution, the international treaties and the laws in force, the humanitarian welcoming to Venezuelans as a duty of State and not as a mere liberality of the government linked to its migratory policy. Our hypothesis is that it is a duty and not an option. In this sense, not only

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

should it be maintained independently of governmental changes, but it must be constituted, this humanitarian welcoming, not only by an entry permit, but also by public policies that make it effective as a way to promoting and guaranteeing rights.

Keywords: Migrations; Public policies. International cooperation. Human rights. Venezuelans.

Data de recebimento: 07/06/2019
Data de aprovação: 17/02/2020

Introdução

Este artigo é fruto dos resultados parciais de uma pesquisa de mestrado. Nesse sentido, nossas reflexões buscam: 1- avançar na revisão bibliográfica sobre o tema e 2- apontar para possibilidades de alinhamento da postura do Brasil em relação aos venezuelanos de forma ajustada com as agendas globais e regionais sobre o tema. Como resultado parcial de pesquisa, neste trabalho teremos uma atenção especial, além da literatura especializada e a legislação nacional, sobre os tratados internacionais vigentes. O resultado da pesquisa analisará, além disso, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema.

A migração é uma realidade ou processo (WIMMER; GLICK SCHILLER, 2003) que se confunde com a própria história da humanidade e tem seus reflexos irradiados nos mais diversos aspectos da vida em sociedade, sejam eles políticos, econômicos, sociais, jurídicos e outros. Nas últimas décadas, sob influência da globalização econômica, evidencia-se que tais movimentos se intensificaram afetando desde realidades mais amplas, como o sistema político internacional, até valores e direitos ligados aos migrantes, que são, muitas vezes, vítimas de acolhimento inadequado, xenofobia e preconceito (BARALDI; MEUNIER, 2019).

Diante disso, torna-se fundamental o debate sobre a vulnerabilidade desses indivíduos, pois, no geral, são seres humanos alijados das esferas que controlam o poder na sociedade, no caso, as classes capitalistas transnacionais (SANTOS, 2010). Na realidade, tal situação demonstra um sentido de luta contemporânea contra esse tipo de dominação, onde os indivíduos se deparam com um tipo de violência ideológica que os limitam, tanto em seu íntimo, como também perante outros da comunidade (FOUCAULT, 1995).

Nesse sentido, desde já, podemos notar uma relevante aproximação entre o ato migratório dito como forçado, por motivos econômicos, por exemplo, e o refúgio motivado por grave e generalizada violação de direitos humanos (Lei 9.474/1997), visto que ambos estão imersos em uma realidade social assimétrica, proporcionada pela economia globalizada neoliberal e as crises dela decorrentes. Essa realidade tem aumentado o empobrecimento do Sul global[1] e as migrações passaram a adquirir esse caráter involuntário, de sobrevivência, visto que o desenvolvimento desigual trouxe mudanças estruturais ligadas ao sucateamento das políticas públicas desses Estados e ocasionou, por conseguinte, a migração massiva de indivíduos marginalizados a locais onde pudessem (ou acreditavam que pudessem) encontrar condições um pouco mais dignas de vida.

[1] Expressão cunhada no final da Guerra Fria para fazer referência aos países e às sociedades em desenvolvimento do hemisfério Sul, bem como a outros localizados no hemisfério Norte, que possuem indicadores de desenvolvimento médios e baixos. Estes países são na maioria jovens nações africanas e asiáticas, mas também Estados latino-americanos independentes há mais de dois séculos (PINO, 2014).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Apesar dessa diferença conceitual entre refúgio decorrente de grave e generalizada violação de direitos humanos e migração forçada (que poderia ensejar uma acolhida humanitária por grave crise institucional, nos termos do artigo 36º do Decreto 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração), o fato é que na realidade as situações se confundem. Para casos graves, como é a situação dos migrantes venezuelanos no Brasil, a distinção entre esses tipos de migração é complexa, pois a crise e a dependência econômica fazem parte do conjunto histórico desses dois países e o movimento atual dos venezuelanos evidencia traços tanto das rupturas democráticas e sociais do Estado, quanto da vulnerabilidade de sua economia ao capital estrangeiro.

A justificativa para nos debruçarmos sobre esse tema é que se trata de um problema transnacional, pois, de um lado, Venezuela e Brasil são atores importantes no espaço cultural, político e econômico da América Latina e possuem estreita relação comercial - como no campo energético, por exemplo – e, de outro, ambos países apresentam rivalidades históricas baseadas nos anseios pela influência geopolítica na própria região. Esse cenário conflitante coloca à prova a implementação de políticas migratórias eficazes e consistentes, prejudicando, sobretudo, os migrantes venezuelanos que buscam condições de vida mais adequadas no Brasil.

Em 2018 foi editada a Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018 (MJ/MRE/MT)[2], estendendo a autorização de residência para nacionais dos Estados Partes do Mercosul e países associados (promulgado pelo Decreto 6.975/2009) ao migrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço. Essa portaria sucedeu a resoluções normativas do Conselho Nacional de Imigração (Cnig) com o mesmo teor. A referida Portaria foi fundamentada no interesse da política migratória nacional, mas considerada a conjuntura de tensão que se instalou com o acirramento da crise na Venezuela e a mudança de governo brasileiro em janeiro de 2019, temos como objetivo verificar a possibilidade de defender, com base na Constituição e nas leis vigentes, o acolhimento humanitário aos venezuelanos como um dever de estado e não como mera liberalidade do governo ligada a sua política migratória.

Em outros termos, pretendemos avaliar se o acolhimento humanitário é um dever de estado decorrente dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais do Brasil (prevalência dos direitos humanos, solução pacífica dos conflitos, não-intervenção, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, entre outros) ou uma faculdade sujeita única e exclusivamente ao interesse da política migratória nacional (conceito que não consta da Lei de Migração). Nossa hipótese é que se trata de um dever.

Nessa linha, ainda, observamos uma ação desempenhada diretamente pelo Poder Executivo federal para atender, de forma emergencial, a entrada dos venezuelanos, sem o desenho planejado e completo sobre o processo para acolher, preparar e incluir esses indivíduos na sociedade brasileira.

O que fica evidente é que tanto os problemas como as soluções encontram-se difusas e confusas na realidade, cabendo ao administrador a responsabilidade pela escolha de uma delas para solucionar o problema elencado. O uso da referida Portaria, pelo governo federal, pode se comparar a esse modelo, visto que a Venezuela foi suspensa do Mercosul há dois anos, e, de forma ativa, o próprio Estado brasileiro solucionou,

[2] Conforme Despacho nº 616/2019/GAB-DEMIG/DEMIG/SENAJUS, de 22 de maio de 2019, baseado no Pedido de Acesso à Informação (Protocolo nº 08850002434201963) requisitado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública em 10 de maio de 2019, a Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018 está em vigor no ordenamento.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

pelo menos, a recepção a essas pessoas flageladas em seu território sem, contudo, assegurar um conjunto de políticas públicas para que a autorização de residência assegurasse aos venezuelanos algo mais próximo do cumprimento dos princípios constitucionais do artigo 4º da Carta de 1988 do que simplesmente relegá-los a um contexto de violência, preconceito e discriminação.

Nesse sentido, ao discutir a ausência de políticas públicas estruturais para a recepção dos venezuelanos, pretendemos analisar se, na hipótese de revogação da Portaria nº 9 de 2018, a acolhida humanitária poderia ser sustentada como um direito dos venezuelanos e uma obrigação do Estado brasileiro, haja vista os princípios constitucionais norteadores das relações internacionais do país, ligadas, em especial, aos direitos humanos (artigo 4º, II) e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (artigo 4º, IX).

Para atingir o objetivo proposto, a pesquisa se desenvolverá em um estudo preliminar dos aspectos econômicos e sociais da globalização e seus reflexos para as migrações. Posteriormente, serão expostas as situações da crise na Venezuela e as disparidades políticas em agendas regionais com seu vizinho Brasil. Finalmente, analisaremos a acolhida humanitária como dever constitucional.

A metodologia utilizada é exploratória e documental, uma vez que desenvolveremos o tema partindo de conceitos contidos em artigos e obras de Relações Internacionais, Sociologia e Direito, de documentos legais ligados à migração e direitos humanos, como Portarias, Decretos, Lei de Migração e a própria Constituição Federal, e de relatórios de organismos internacionais, como o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Organização Internacional para as Migrações (Oim).

1 Globalização e migrações internacionais

Na contemporaneidade, a intensificação do fluxo migratório internacional possui ligação estreita com a globalização, tendo em vista que tal fenômeno contribui, direta ou indiretamente, com a dinamização das relações sociais, econômicas, políticas e até culturais da sociedade. Nesse sentido, Martine nos elucida que “o migrante vive num 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” (MARTINE, 2005).

Do ponto de vista histórico e conceitual, ela representa um movimento naturalmente amplo e complexo, com interfaces em diversas áreas da ciência e do próprio cotidiano. Apesar de ser utilizada fortemente a partir dos anos 80, a globalização possui evidências ligadas ao período das grandes navegações, nos séculos XV e XVI, uma vez que tais fluxos mercantis já denotavam o deslocamento entre as fronteiras internacionais. Segundo Barbosa (2003), a partir do pioneirismo de Portugal, os povos começaram a buscar soluções para a navegação marítima fora de suas localidades, resultando na maior circulação de informações, pessoas e mercadorias pelo mundo.

A principal problemática está localizada na conceituação da globalização, porque, de certa forma, o termo se banalizou e até hoje é muito empregado, difusamente, para justificar as transformações econômicas globais, sem a devida abordagem e contextualização social.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Nossos olhares necessariamente devem se lançar sobre o aprofundamento social do tema, permeando análises e críticas em relação a sua estrutura preponderante de competitividade e desregulação do capital, que, ao mesmo tempo, privilegia classes, Estados e organizações economicamente hegemônicas, e agrava desigualdades nas estruturas sociais mais pobres e dependentes.

Essa estrutura está diretamente conectada com a visão econômica prevalente da globalização, qual seja, a neoliberal. Segundo Wise, Covarrubias e Puentes (2013) a arquitetura da globalização neoliberal é baseada na implementação de controles aos países do Sul global, com foco em programas de privatização, desregulamentação e liberalização de seus aparatos públicos, sob a crença de "inserir" tais Estados na economia globalizada. Dessa forma, os sistemas de produção vêm sendo desmantelados e os resultados desse processo são o aprofundamento das assimetrias entre os países desenvolvidos e periféricos e o aumento das desigualdades sociais, devido a concentração do capital e poder em poucas mãos.

Nesse sentido, podemos afirmar que

> O poder estatal é liberado de todo e qualquer empreendimento econômico ou social que possa interessar ao capital privado nacional e transnacional. Trata-se de criar o "Estado mínimo", que apenas estabelece e fiscaliza as regras do jogo econômico, mas não joga. Tudo isto baseado no suposto de que a gestão pública ou estatal de atividades direta e indiretamente econômicas é pouco eficaz, ou simplesmente ineficaz. O que está em causa é a busca de maior e crescente produtividade, competitividade e lucratividade, tendo em conta mercados nacionais, regionais e mundiais (IANNI, 1998).

Sob viés similar, Habermas (2001) também destaca:

> No âmbito de uma economia globalizada, os Estados nacionais só podem melhorar a capacidade competitiva internacional das suas 'posições' trilhando o caminho de uma autolimitação da capacidade de realização estatal; isto justifica políticas de 'desconstrução' que danificam a coesão social e que põem à prova a estabilidade democrática da sociedade.

Fica evidente, portanto, que a manutenção do "Estado mínimo" é o objetivo principal dos mecanismos capitalistas. Esse movimento, impulsionado pela globalização econômica, "exige a reestruturação do Estado, a privatização das empresas produtivas estatais, da saúde, educação, transporte, habitação e previdência. Assim se modifica, ou mesmo rompe, a relação entre o Estado e a sociedade" (IANNI, 1998).

Essa situação gera um ambiente socialmente desigual, dado que os atores financeiramente dependentes se subjugam às atribuições dos dominantes, em boa parte pertencentes a grandes grupos empresariais transnacionais, oriundos do Norte global[3]. Em suma, o mercado se sobressai em face do Estado e de políticas públicas basilares ao desenvolvimento humano.

Além dos aspectos que tangenciam diretamente a desigualdade econômica, como aumento da pobreza, exploração e exclusão, outros pontos relevantes também emergem de forma radical na conjuntura social e precisam ser considerados. Dentre eles, elencamos a evolução nos índices de discriminação racial e étnica, o

[3] Em contraposição ao conceito de Sul Global apresentado por Pino (2014), o Norte Global se refere ao conjunto de países desenvolvidos e que possuem hegemonia em face dos posicionados no Sul Global. No geral, "as diferenças mais marcantes são aquelas relativas ao posicionamento das economias do Norte e do Sul na competição econômica internacional sobre o desenvolvimento dos Estados sociais, mas também sobre as formas de filiações sociais ou ainda de desenvolvimento de burocracias modernas" (GIRAUD, 2007).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

declínio nas condições de trabalho e moradia, sem contar uma desfragmentação dos sistemas de segurança social (WISE; COVARRUBIAS; PUENTES, 2013).

Isso posto, é inegável avaliarmos que essa conjuntura vem trazendo reflexos diretos e inéditos nos movimentos migratórios transnacionais. De acordo com Wise, Covarrubias e Puentes (2013), o desenvolvimento desigual, na esteira do neoliberalismo, gerou um novo tipo de migração, que pode ser classificado como forçado. É cristalino, que, o conceito de migração forçada não se aplica a todos migrantes, pois, no campo dos direitos humanos, o termo se refere mais especificamente aos refugiados[4] e asilados[5].

No entanto, a dinâmica do desenvolvimento desigual trouxe mudanças estruturais que fomentam a migração massiva de pessoas marginalizadas. Na realidade, esses indivíduos vêm sendo literalmente expulsos de seus países de origem para buscar melhores meios de subsistência e oportunidades de mobilidade social.

Sob esse prisma, Marinucci e Milesi (2005) também destacam:

> Esta aproximação pode ser comprovada por dois fatos. Por um lado, (...) a imersão dos refugiados e refugiadas no meio da ingente massa de migrantes econômicos dificulta o procedimento de identificação (...). Por outro lado, o empobrecimento progressivo do Sul do mundo gera migrações econômicas cada vez mais forçadas. Sendo o drama humano de muitos desses migrantes comparável àquele de refugiados e refugiadas. Em síntese, no primeiro caso, a intensidade das migrações econômicas internacionais acaba encobrindo ou, até, negando a existência de refugiados; no segundo, ao contrário, a violência inerente a todo tipo de migração forçada leva a uma situação onde o migrante pode ser caracterizado como um refugiado de fato. (...) Ademais, ao analisar as causas profundas das situações de "violência generalizada" ou de "maciça violação dos direitos humanos", percebe-se que, na maioria dos casos, são os mesmos fatores que provocam tanto o empobrecimento do Sul do mundo, quanto as ondas de refugiados e desplazados. É da mesma fonte que nasce o "rio" de migrantes econômicos e o "rio" de refugiados. É aqui, ao nosso ver, que a questão do refúgio e da migração econômica convergem mais. Os rios são diferentes, mas nascem da mesma fonte. E é por isso que verdadeiras "soluções douradoras" só podem ser encontradas na eliminação ou, pelo menos, na forte redução das causas profundas que originam os fenômenos.

Diante disso, observamos que há uma intensa relação entre os conceitos aqui apresentados com a atual situação dos migrantes venezuelanos no Brasil, pois, o ambiente de instabilidade na Venezuela, nas mais diversas esferas públicas e privadas, tem impactado os direitos fundamentais de seus cidadãos e motivado tal fluxo. Apesar de ser, teoricamente, mais relacionada com a condição de refúgio, a "fonte" dos problemas é a mesma. Isso quer dizer que, além da ruptura democrática interna e a fragilização de suas políticas públicas, a migração dessas pessoas também elenca traços da globalização e reflete crises atuais do capitalismo, como, por exemplo, a de 2008, onde a dependência do país, em face da economia petrolífera e do projeto político centralizador do presidente Hugo Chávez, apresentou grandes déficits orçamentários e impasses arrecadatórios, e ocasionou, por conseguinte, retrocessos em suas políticas sociais (WEISBROT; RAY; SANDOVAL, 2009).

[4] Boa parte das pesquisas apontam que os movimentos de refugiados são provenientes de conflitos. Alguns estudos quantitativos de fluxos de refugiados têm constatado que guerras civis e repressões políticas são grandes fontes desse tipo de deslocamento (SALEHYAN; GLEDITSCH, 2006 *apud* AGUILAR; BRAGA, 2018).

[5] A situação de asilado é similar ao de refugiado, no entanto, advém mais de perseguições e ameaças decorrentes de controvérsia e opinião política, como defesa da democracia, situação racial, liberdade e direitos humanos, como forma de proteção a uma pessoa, e não a um grupo, por exemplo. O artigo 27º da Lei de Migração diz: O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Outrossim, Venezuela e Brasil pertencem ao mesmo campo de dominação hegemônica do capital internacional, o que, em tese, facilitaria a execução de processos de integração mais eficientes e prósperos na América do Sul, porém, não é esse o caso. Exemplo disso, é a posição unilateral dos países em organizações como a União das Nações Sul-Americanas (Unasul)[6], por exemplo, onde há uma flagrante priorização de seus papéis políticos e busca por prestígio regional, em detrimento de acordos que poderiam ser mais benéficos às relações diplomáticas e intentos pela cooperação pacífica na região.

Para boa ordem, cabe apenas salientarmos que a divisão nos conceitos de refugiados e migrantes forçados existe na teoria, porém, na prática e no caso dos venezuelanos, em especial, encontram-se fortemente interconectados, haja vista que, são questões naturalmente convergentes e com origens políticas e econômicas similares. O objetivo, nesse ponto, foi contextualizar o debate atual sobre as migrações, para então apreciarmos a conjuntura conflituosa na Venezuela, as agendas optadas pelos países, e, por fim, o cenário jurídico de acolhida e residência no Brasil.

2 Dois vizinhos, duas agendas e um pseudoregionalismo

A Venezuela atravessa uma estagnação política, econômica e social sem precedentes. Não é novidade que a comunidade internacional já vem considerando essa situação como uma crise humanitária, tendo em vista o histórico de desrespeito aos direitos humanos e à ordem democrática, orquestrados pelos últimos governos venezuelanos. Marginalizada pelo descalabro nas contas públicas, hiperinflação e, principalmente, relativização e enfraquecimento dos mecanismos democráticos, sua população vêm sofrendo impactos diretos em seu direito ao desenvolvimento, graças à ausência latente de serviços básicos, como saúde e segurança, sem contar a escassez de mantimentos primordiais, como alimentos e medicamentos.

Esse cenário está vinculado à condução da política interna e externa do país desde o governo presidencial de Chávez. De acordo com Gutierrez (2017), entre 2004 e 2008, Hugo Chávez e sua cúpula política aumentaram suas influências e concentração de poder em todas as esferas do poder público, seja no Legislativo, no Judiciário e até no sistema eleitoral, além da economia e atividades empresariais da petrolífera Pdvsa.

Nesse sentido,

> As reformas jurídicas da Lei do Banco Central (República Bolivariana da Venezuela, Gaceta Oficial, 2005) e da Lei Orgânica dos Hidrocarbonetos (2006), entre outras, permitiram que o presidente e as empresas estatais obtivessem financiamento do Banco Central para programas sociais e de desenvolvimento considerados prioritários para o país e para aumentar o royalty e os impostos pagos pelas empresas petrolíferas que operam em associação com a PDVSA. As reformas permitiram o desvio de divisas e receitas extraordinárias de petróleo para fundos especiais sob o controle do presidente. Esses recursos financeiros eram, na prática, um orçamento paralelo que o presidente poderia gastar sem controles, de modo que o presidente Chávez tivesse acesso a recursos financeiros suficientes para levar adiante seu projeto político (GUTIERREZ, 2017 – tradução nossa).

[6] A Unasul é uma organização intergovernamental formada pelos doze Estados da América do Sul. Seu tratado constitutivo foi assinado em maio de 2008 em Brasília, porém, somente em março de 2011 passou a gozar de personalidade jurídica internacional por meio de suas nove primeiras ratificações (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname, Venezuela). O Brasil, por sua vez, ratificou-o em julho de 2011 e a promulgação, que assegura a executoriedade do acordo, ocorreu pelo Decreto 7.667 de 11 de janeiro de 2012. (Cf. PERUZZO; SPADA, 2018).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

O aparelhamento e influência Estatal, em todas as áreas sociais, fez parte do projeto político de Chávez, que, por sua vez, gozava de discricionariedade para reter e aplicar recursos públicos e privados sem contestações, inclusive perante o Legislativo e Judiciário. Apesar desse controle excessivo, convém pontuarmos, que, houve inicialmente alguns avanços sociais no chavismo, entre 1999 e 2008, graças à pujante produção de petróleo, no entanto, houve também o crescimento exponencial da dívida interna e externa do país (GUTIERREZ, 2017).

Tal como já informado, o desequilíbrio financeiro se tornou evidente a partir da crise global de 2008, pois, o projeto desenvolvimentista e centralizador de Chávez focalizou-se apenas no petróleo e no controle das empresas nessa área, tornando o país extremamente vulnerável à economia internacional, ainda mais com a queda no preço dessa matéria-prima. Aliado a esse cenário, para que não houvesse uma depreciação de seu prestígio no país e, principalmente, na América do Sul, Chávez buscou fortalecer e implementar seu ideal social-nacionalista a qualquer custo, nacionalizando empresas privadas, alterando legislações fundacionais, como a reforma do Banco Central venezuelano, além de atuar ativamente em agendas regionais preconizadas pelo seu interesse de projeção global e de fomento ao "bolivarianismo"[7] (SERBIN, 2012).

Nesse ponto, sob o intento e idealismo de um "projeto de paz" para a América do Sul, sobressaem os papéis de Brasil e Venezuela rivalizados na região, por meio da criação da Unasul, em 2008. De fato, o processo se trata de um "pseudoregionalismo", lastreado pela disputa ideológica e política desses dois vizinhos, que, embora possuam algumas similaridades[8], ainda carregam consigo impasses e posicionamentos bastante divergentes em suas relações internacionais.

Acerca dessas divergências, Peruzzo e Spada (2018) salientam:

> O primeiro ponto de impasse pode ser visto na relação com os EUA. O Brasil, enquanto líder estratégico do MERCOSUL, privilegia um bom relacionamento com essa potência, e a ALBA, a partir do movimento chavista, buscou o distanciamento diante dos norte-americanos por entender que se tratam de uma ameaça aos seus interesses. Apesar de o Brasil, recentemente, se posicionar, de forma mais autônoma, e rechaçar a influência americana e de outras potências (...) o país não se coloca em franca oposição ao governo americano assim como a Venezuela e a ALBA. Outro grande ponto de desvio entre os dois organismos reside no plano econômico. Enquanto o Brasil e o MERCOSUL atuam em maior sintonia com a liberalização econômica e abertura inclusive a outros blocos regionais, a ALBA focaliza sua agenda em três princípios muito claros: a oposição às reformas de livre mercado, ao fortalecimento da ação reguladora do Estado frente à liberalização econômica e a harmonização do "Estado-mercado", na medida em que os governos logram maiores favores às empresas estatais e incentivam, inclusive, suas alianças. (...) Esse movimento endógeno na ALBA evidencia a busca pela afirmação hegemônica da Venezuela na América Latina, uma vez que o governo bolivariano emprega uma cruzada ideológica no continente e faz frente aos interesses estratégicos do Brasil. Os interesses brasileiros, por sua vez, se baseiam no desenho de uma base para a solução pacífica de conflitos entre seus parceiros e na busca pioneira, enquanto a maior economia e mercado regional, pela solução diplomática de possíveis impasses.

[7] Originalmente, o bolivarianismo é um termo construído na Venezuela e se refere ao culto à figura de Simón Bolivar, que fora um líder militar responsável pela independência do país. No entanto, no governo Chavéz, o termo ganhou força por ligar as decisões políticas de seu governo à sua própria pessoa, como sendo um líder ou libertador das transformações populares na Venezuela. Essas raízes históricas estão arraigadas há décadas no país e ainda fundamentam o status e aparente carisma de Maduro, o "líder" bolivariano atual. (Cf. ARCE; SILVA, 2015).

[8] Dentre as similaridades, podemos citar as políticas desenvolvimentistas, aumento da relevância do papel do Estado, a busca por autonomia, além de discussão sobre infraestruturas sociais na região. (Cf. PERUZZO; SPADA, 2018).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

No que tange a Unasul, as diferenças entre os vizinhos se assentam no embate ideológico entre as agendas de paz e segurança para o continente, principalmente, estabelecidas em seu Conselho de Defesa Sul-Americano (Cds). Sob esse prisma, Peruzzo e Spada (2018) complementam:

> Em relação ao histórico de criação do Conselho, podemos afirmar que a disputa entre Brasília e Caracas se deu, preliminarmente, diante das propostas nacionalistas de Hugo Chávez e Lula em relação a quais seriam as melhores formas de institucionalizar a defesa na região e sobre quais objetivos estariam espreitadas suas ações. O objetivo de Chávez era criar uma organização que possuísse um enfoque particularmente militar, ou seja, em que as ameaças que por ventura surgissem fossem repelidas utilizando-se a via militar. Seu anseio era criar uma força armada sul-americana nos moldes da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), com um conteúdo basicamente geopolítico e militar. Por outro lado, a iniciativa do governo brasileiro foi a de criar um Conselho de Defesa, com o objetivo de prevenir o continente diante de conflitos. O interesse brasileiro é mais amplo do que a iniciativa unicamente militar pleiteada pela Venezuela, por justamente não organizar somente uma convencional aliança militar, e sim criar um organismo para debates e cooperação no intuito de prevenir conflitos e garantir relações não violentas.

Nesse panorama bipolar foram estabelecidas as principais demandas deste importante Conselho, quais sejam: “a manutenção da paz e da democracia entre os países, a construção de uma identidade geopolítica sul-americana, o combate ao crime organizado e a criação de um mercado de defesa na região” (MEDEIROS FILHO, 2009 *apud* PERUZZO; SPADA, 2018).

Acerca dessas demandas, verificamos claramente uma maior presença e peso do posicionamento brasileiro:

> (...) ao avaliarmos cada uma dessas demandas, podemos observar a maior relevância da agenda brasileira no âmbito do CDS e da UNASUL, pois, em cada uma delas, ficam evidentes traços da política externa iniciada pelo governo Lula. A busca pelo consenso, democracia, desenvolvimento de um mercado de defesa e da não ingerência de temas que possam afetar a liderança do país na região corroboram essa visão e fortalecem a posição do país. No entanto, apesar de minoritária, a agenda bolivariana, também, possui contribuição na demanda relacionada a construção de uma identidade sul-americana, abarcada sob o evidente nacionalismo e radical antiamericanismo de Hugo Chavéz e de seu atual governo (PERUZZO; SPADA, 2018).

Importante ressaltarmos que as políticas e o *decision making* (em português, tomada de decisão) não se alteraram na Venezuela após a morte de Hugo Chávez, em março de 2013. Na realidade, seu sucessor e atual presidente Nicolas Maduro, agravou as práticas do governo anterior, com discursos ainda mais extremistas e antiamericanos, manutenção incoerente e artificial de preços reduzidos do petróleo, e, de forma preocupante, imersões sob a independência do Poderes Judiciário e Legislativo do país, conforme atestou o relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Eacdh) em 2017:

> Em meio a essa crise política, a independência das principais instituições foi corroída, particularmente a independência do Judiciário. A grande maioria dos juízes não é titular e, como tal, pode ser removida pelo Executivo de forma discricionária; e um grande número de juízes não foram nomeados em conformidade com os requisitos legais. O judiciário, e em particular o SCJ, é visto como apoiador do Executivo e parece permitir que este ramo governe sem supervisão adequada, o que prejudica a separação de poderes necessária para uma democracia funcional (Eacdh, 2017 – tradução nossa).

Ademais, do ponto de vista político-institucional, podemos analisar que o cenário de instabilidade foi ampliado por meio de três fatores preponderantes, quais sejam: em maio de 2017, a convocação de eleições pelo presidente Maduro para a Assembleia Constituinte, no intuito de reformar a Carta Magna do país de 1999;

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

a renovação do estado de emergência já vigente desde 2016, abrindo mão de preocupações relativas às agendas de direitos humanos, sob o pretexto de "garantir" a Constituição e as leis nacionais; e, mais recentemente, a reeleição, em maio de 2018, de Maduro para mais 6 anos de mandato.

Nesse sentido, verificamos que esses atos carregam consigo excesso de discricionariedade do governo e se traduzem em um grave desrespeito aos mecanismos democráticos, além de colocarem em risco a proteção aos direitos humanos da população venezuelana. Tal preocupação já foi aludida pelo Eacdh, também em 2017:

> Em 13 de maio de 2016, o Presidente Maduro emitiu o Decreto No. 2323 declarando estado de exceção e emergência econômica em toda a República Bolivariana da Venezuela. O decreto permite restrições aos direitos humanos, com exceção de vários direitos garantidos na Constituição e na legislação nacional, que geralmente espelham o artigo 4 (2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). O Decreto nº 2323 foi renovado três vezes e em vigor no momento da redação deste relatório. A Assembleia Nacional não aprovou estes decretos conforme exigido pela Constituição venezuelana, mas o SCJ os validou. Organizações nacionais e internacionais expressaram preocupação sobre os poderes amplos, vagos e discricionários que o estado de exceção concede ao Executivo, e seu consequente impacto negativo no gozo dos direitos humanos (Eacdh, 2017 – tradução nossa).

Posto isso, o ponto crucial a ser verificado é que tais movimentos não foram cristalinos para os vizinhos regionais, entidades políticas e não-governamentais internacionais e, principalmente, à população venezuelana, despertando dúvidas relevantes sobre a legitimidade desse governo e dos resultados de suas políticas, ainda que tenhamos consciência de todas as dificuldades de consolidação de uma economia terceiro-mundista independente das agendas hegemônicas.

Referente às últimas eleições e às da Assembleia Constituinte, salientamos que diversas entidades e organismos internacionais especializados neste tipo de abordagem e observação não foram sequer convidados e a imprensa local registrou episódios de agressão e restrições na cobertura desses processos.

Em suma, esse cenário de incerteza e ruptura se estende até os dias atuais, visto que o país continua sem definições claras acerca de seu processo democrático e dos rumos de suas instituições e, nesse ínterim, sua população, diária e forçosamente, busca fugir desses problemas e encontrar novas condições de vida e dignidade em países vizinhos, como Brasil e Colômbia, principalmente.

O Brasil, a despeito das diferenças ideológicas evidenciadas no "pseudoregionalismo" aqui demonstradas, e do voto para suspensão da Venezuela junto ao Mercosul, em 2017, mostrou preocupação em relação ao acolhimento dos migrantes venezuelanos nesse momento tão complicado, formalizado na edição da Portaria Interministerial n. 9 de 2018. Apesar disso, a recepção não esteve alinhada com um projeto planejado de políticas públicas, além de ter sido formalizada por Portaria que, por ser ato precário, pode ser revogado a qualquer tempo pelo Ministério da Justiça.

Nesse sentido, no próximo tópico analisaremos alguns problemas oriundos dessa ausência de planejamento estrutural e buscaremos fornecer algumas conclusões a respeito da alternativa da acolhida humanitária como dever de Estado.

3 Visto de residência e acolhida humanitária

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

No caso dos venezuelanos que vieram para o Brasil e solicitaram residência nos termos da Portaria n. 9 de 2018, o simples fato de o governo brasileiro ter estendido o acordo de residência do Mercosul também à Venezuela não foi suficiente para que os venezuelanos ingressassem no território nacional com o mínimo de dignidade para não serem, ao menos, vítimas de xenofobia. A concepção de grande parte da opinião pública brasileira de que os migrantes venezuelanos ocuparão postos de trabalho e substituirão os nacionais em diversas atividades profissionais, além de serem uma "ameaça comunista"[9], traduz a desconexão entre as garantias legais e a realidade, lembrando que a xenofobia é prevista como crime pela Lei 7.716/1989.

Os dados obtidos por um estudo da Organização Internacional para as Migrações (Oim), através de uma ferramenta denominada Matriz de Monitoramento de Deslocamento (Dtm, em inglês), corroboram essa realidade ao constatar que 96% dos venezuelanos na fronteira de Roraima sofreram algum tipo de discriminação em razão de sua nacionalidade e que 28% confirmaram terem sido alvo de violência, tanto verbal quanto física ou sexual (NAÇÕES UNIDAS, 2018). Nesse sentido, é impossível pensarmos a aplicação dos institutos do visto de residência e da acolhida humanitária de forma desconectada 1- dos deveres impostos ao Estado brasileiro pela Constituição e pelos compromissos internacionais assumidos soberanamente e 2- também das políticas públicas necessárias para a recepção digna dessas pessoas.

Nos termos do artigo 30º da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), a residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre nas hipóteses previstas em seus incisos. O inciso II, alínea "a", fala da pessoa beneficiária de tratado em matéria de residência e livre circulação, situação que diz respeito ao presente trabalho.

No que diz respeito aos venezuelanos, a primeira regulamentação consta da Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018 (MJ/MRE/MT)[10], estendendo a autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul e países associados (promulgado pelo Decreto 6.975/2009).

Essa portaria foi editada tendo em vista o disposto no art. 161, parágrafo único, do Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei de Migração 13.445/17 e que diz o seguinte no artigo 161º:

> Art. 161. A autorização de residência poderá ser concedida para fins de atendimento ao interesse da política migratória nacional. Parágrafo único. Ato conjunto do Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, das Relações Exteriores e do Trabalho disporá sobre as hipóteses, os requisitos e os prazos da autorização de residência para fins de atendimento ao interesse da política migratória nacional.

Ou seja, nos termos do artigo 30º da Lei de Migração, a extensão do acordo de residência do Mercosul, com a possibilidade de venezuelanos pedirem visto de residência no Brasil, considerando interesses da política migratória nacional, se enquadra na hipótese do inciso III do referido artigo 30º, ou seja, nas hipóteses definidas em regulamento.

[9] Moradores de Roraima expulsam imigrantes venezuelanos. Exame, Brasília, 19 de ago. 2018. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/moradores-de-roraima-expulsam-imigrantes-venezuelanos/. Acesso em: 24 mar 2019.

[10] Antes dessa portaria e da entrada em vigor da Nova Lei de Migrações (13.445/17), o tema havia sido objeto de regulamentação pela Resolução Normativa n. 126 de 02 de março de 2017 do CNIg, em termos similares.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Considerando, que, o artigo 30º, inciso III, da Lei de Migração, autoriza a previsão de "outras hipóteses" de autorização de residência mediante decreto regulamentar, bem como considerando que o Decreto 9.199/2017 autorizou que as hipóteses de concessão desse visto fossem objeto de ato conjunto do Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, das Relações Exteriores e do Trabalho, a questão da reserva legal e da competência legislativa estão plenamente respeitadas pela referida Portaria Interministerial que trata do caso dos venezuelanos.

No entanto, a situação atual dos venezuelanos também poderia ter sido objeto de regulamentação com fundamento na residência com a finalidade de acolhida humanitária (artigo 30º, inciso I, "c", da Lei de Migração), da mesma forma que foi a residência prevista para os haitianos, por exemplo, pela Portaria Interministerial n. 10, de 6 de abril de 2018[11].

O visto de acolhida humanitária pode ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário (artigo 36º do Decreto 9.199/2017).

Como vimos, então, a Portaria vigente se fundamenta apenas nos interesses da política migratória nacional (artigo 161º do Decreto 9.199/2017). Apesar disso, precisamos ir além e de fato considerar a crise institucional com repercussões graves no acesso a direitos humanos à população venezuelana, tal como foi evidenciado neste trabalho.

De todo modo, ainda que tal portaria se fundamentasse na finalidade de acolhida humanitária (art. 30, I, "c" da Lei de Migração), continuaria sujeito à ampla discricionariedade das decisões governamentais, uma vez que esta também tem sido compreendida como uma decisão de política migratória. Considerando a hostilidade do governo Bolsonaro ao governo de Maduro, o acolhimento humanitário somente poderia ser exigido se entendêssemos essa medida como um dever de Estado decorrente dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais do Brasil (prevalência dos direitos humanos, solução pacífica dos conflitos, não-intervenção, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, entre outros) e não uma faculdade sujeita única e exclusivamente ao interesse da política migratória nacional (conceito que não consta da Lei de Migração), como o caso da Portaria n. 9 de 2018.

Por outro lado, apesar de ser evidente que a referida Portaria mostrou resultados práticos para recepcionar e regularizar com urgência os migrantes venezuelanos, tal instrumento não foi acompanhado de uma política pública mais ampla que pudesse agregar esses indivíduos à realidade brasileira, como prevê o instituto do acolhimento. Argumentando que a situação atual dos venezuelanos se enquadra na previsão de acolhida humanitária, é possível, então, questionar a inexistência de políticas públicas que garantam a sua efetividade, o que seria uma consequência legal de um dever de estado de acolhida.

[11] Antes dessa portaria e da entrada em vigor da Nova Lei de Migrações (13.445/17), o tema havia sido objeto de regulamentação pela Resolução Normativa n. 97 do CNIg, (Alterada pelas Resoluções Normativas nº 102/2013, 106/2013, 113/2014, 117/2015 e RN 123/2016).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Nesse sentido, Celina Souza (2006) define em sua obra alguns tipos de políticas públicas. Um deles é o modelo “garbage can”, tal como segue:

> O modelo “garbage can” ou “lata de lixo” foi desenvolvido por Cohen, March e Olsen (1972), argumentando que escolhas de políticas públicas são feitas como se as alternativas estivessem em uma “lata de lixo”. Ou seja, existem vários problemas e poucas soluções. As soluções não seriam detidamente analisadas e dependeriam do leque de soluções que os decisores (policy makers) têm no momento. Segundo este modelo, as organizações são formas anárquicas que compõem um conjunto de idéias com pouca consistência. As organizações constroem as preferências para a solução dos problemas - ação - e não, as preferências constroem a ação. A compreensão do problema e das soluções é limitada, e as organizações operam em um sistema de tentativa e erro. Em síntese, o modelo advoga que soluções procuram por problemas. As escolhas compõem um garbage can no qual vários tipos de problemas e soluções são colocados pelos participantes à medida que eles aparecem.

Posto isso, podemos analisar que a instituição da residência por meio da Portaria pode ser classificada, no âmbito das políticas públicas, como uma política *“garbage can”*, dado que os problemas na fronteira e as soluções disponíveis para o governo Federal não estavam claros e objetivamente delineados para um planejamento sólido e que embasasse uma coerente tomada de decisão. Na realidade, se trata de uma solução inacabada, sem aprofundamento das condições de acolhimento e interiorização, motivada apenas por uma tomada de decisão emergencial.

Por fim, apesar de sabermos que as políticas públicas são definidas pelo que os governos escolhem ou não fazer (SOUZA, 2006), não podemos nos olvidar dos preceitos constitucionais e democráticos colocados aqui em questão. O Brasil, a despeito dos embates políticos e ideológicos recentes, possui uma Carta Magna sólida e com os fundamentos humanos estruturados, que, por sua vez, devem ser sempre almejados pelos administradores públicos em suas tomadas de decisão.

No caso dos venezuelanos, portanto, o senso de urgência se sobrepôs a uma política pública estruturada para acolhê-los. O Estado brasileiro e seu corpo governamental, considerando a situação de grave ruptura dos direitos humanos desses migrantes e os regentes princípios das relações internacionais do Brasil, contidos no artigo 4º da Constituição (II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade) não apresentaram uma política pública apropriada à condição fática, desrespeitando preceitos fundamentais da própria Carga Magna e, sobretudo, agravando o sofrimento desta necessitada população, que, em síntese, busca direitos básicos em países vizinhos, como aqui.

Considerações finais

A migração internacional é uma temática que sempre desperta curiosidade, tanto na teoria como na prática. Seja de forma superficial ou mais embasada, as pessoas gostam desse debate, pois é um fenômeno que distancia e aproxima, simultaneamente, as realidades de umas e outras. Com base na visão ocidental, encontramo-nos sempre divididos em tribos, povos, Estados e etnias, porém, nas últimas décadas, essas divisões passaram naturalmente por mutações, principalmente, devido a globalização.

A globalização e seus adventos tecnológicos trouxeram à tona a “aproximação” das pessoas, o que pode ser considerado como benéfico, porém, gerou também novas rupturas e “afastamento” desses mesmos

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

indivíduos, haja vista que, ao aprofundarmos a análise dos impactos desse fenômeno, nos deparamos com crescimento na divisão internacional do trabalho, aumento da dependência dos países mais pobres em relação aos desenvolvidos, movimentos de integração regional negligentes e, de forma mais relevante, a segregação dos migrantes em meio à realidade global devido a diferenças raciais e culturais.

O presente trabalho buscou discutir essa realidade multifocal, materializada no caso da recepção dos venezuelanos no Brasil. Como vimos, a situação desses vizinhos brasileiros é crítica e alarmante, e sua população está flagelada e sem acesso à direitos básicos, como saúde, educação, transporte e outros. Uma boa parcela, para não se dizer a totalidade, desse cenário pode ser atribuída às rupturas econômicas, sociais e democráticas dos governos bolivarianos de Chávez e Maduro, que, numa tentativa anunciada de reagir às imposições hegemônicas norte-americanas, alteraram a funcionalidade das instituições, modificaram leis sem atenção às formalidades jurídicas previstas no ordenamento vigente, atentaram contra empresas privadas e geraram o descontrole financeiro do país, o que resultou na calamidade e restrições à sua população.

Evidentemente, esses cidadãos passaram a buscar meios para resgatar seus direitos e obter um desenvolvimento mais seguro em países como o Brasil, que, apesar de ser também dependente do capital estrangeiro e estar passando por sérias crises de representatividade democrática, é um Estado que possui em seu histórico a multiculturalidade como marca e goza de um sistema social construído sob fundamentos constitucionais um pouco mais objetivos.

No entanto, embora haja um ambiente favorável para acolher os migrantes, na prática e no caso especial dos venezuelanos, não se observa tal realidade. Isso porque a tomada de decisão sob a política pública envolvida nesse acolhimento não foi coerente e fere os princípios constantes no artigo 4º da Constituição, que norteiam as relações internacionais do Brasil. O governo do presidente Michel Temer, em ação emergencial, apenas editou a Portaria Interministerial nº 9/2018 para desafogar a entrada dos migrantes na fronteira, sem envolver políticas públicas paralelas para, de fato, acolher e interiorizar essas pessoas.

Por fim, pontuamos que o cenário de desalento dos venezuelanos pode ser abarcado como grave ruptura dos direitos humanos, restando, ao Estado brasileiro, o dever de acolher esses migrantes, pois é o que determina o texto constitucional e os tratados vigentes. Não acolher simboliza não cumprir a Constituição e os compromissos assumidos internacionalmente e, mais que isso, não se dar conta de que o Brasil não está sozinho na América Latina.

Referências

AGUILAR, Sérgio Luiz C.; BRAGA, Mariana Moron S. Refugiados e Conflitos Internacionais: O caso da região dos grandes lagos africanos. **Revista Videre**, Dourados, MS, v. 10, n. 20, p. 205-223, jul./dez., 2018.

ARCE, Anatôlio M.; SILVA, Marcos A., Revolução e Bolivarianismo na Venezuela da Era Chávez. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, v. 3, n. 1, p. 132-145, 2015.

BARALDI, Camila; MEURINER, Isabel. O processo de construção da política municipal para a população imigrante de São Paulo: desafios e potenciais. **Revista Videre**, Dourados, MS, v.11, n. 21, jan./jun, 2019.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O Mundo Globalizado: política, sociedade e economia.** São Paulo: Contexto, 2003.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar 2019.

BRASIL. **Lei 13.445/17.** Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html. Acesso em: 19 mar 2019.

BRASIL. **Decreto 9199/17.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 18 mar 2019.

BRASIL. **Decreto 6975/09.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm. Acesso em: 19 mar 2019.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In Hubert Dreyfus and Paul Rabinow (eds). **Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica).** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GIRAUD, Olivier. A globalização vista do norte e do sul: quais os seus mecanismos sociais? **Cad. CRH** [online]. v. 20, n. 51, p. 389-399, 2007.

GUTIERREZ, Alejandro. Venezuela's Economic and Social Development in the Era of Chavism. **Latin American Policy**. v. 8, n. 2, p.160-188, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional: Ensaios políticos**. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

IANNI, Octavio. Globalização e neoliberalismo. **São Paulo em Perspectiva**, v.12, n. 2, p. 27-32, 1998.

MARINUCCI, Roberto; MILESI, Rosita. Migrações internacionais contemporâneas. **Instituto Migrações e Direitos Humanos.** 2005. Disponível em: https://www.migrante.org.br/refugiados-e-refugiadas/migracoes-internacionais-contemporaneas/. Acesso em: 31 mar 2019.

MARTINE, George. A Globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. **São Paulo em Perspectiva,** v. 19, n. 3, p. 3-22, 2005.

MEDEIROS FILHO, Oscar. Conselho de defesa Sulamericano: origens, demandas e propósitos. In: **ENCONTRO DA ABED**, 3., 2009. Defesa, segurança internacional e forças armadas. Disponível em: http://www.abedef.org/conteudo/view?ID_CONTEUDO=72. Acesso em: 24 jan. 2019.

MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm. Acesso em: 5 mar 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria Interministerial Nº 9/2018**. Disponível em: http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/cedula-de-identidade-deestrangeiro/portariasinterministeriais/. Acesso em 06 mai. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria Interministerial Nº 10/2018.** Disponível em: https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Cingapura/enus/file/Portaria%2010-2018.pdf. Acesso em 05 mar 2019.

Moradores de Roraima expulsam imigrantes venezuelanos. **Exame**, Brasília, 19 de ago. 2018. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/moradores-de-roraima-expulsam-imigrantes-venezuelanos/. Acesso em: 24 mar 2019.

Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ONU). **Human rights violations and abuses in the context of protests in the Bolivarian Republic of Venezuela from 1 April to 31 July 2017**. Genebra, 2017.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Organização Internacional para as Migrações (ONU). 2018. **DTM Brasil – N°1 Monitoramento do Fluxo Migratório Venezuelano.** Brasília. Disponível em: https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/DTM/MDH_OIM_DTM_Brasil_N1.pdf. Acesso em: 30 mar 2019.

PERUZZO, Pedro P.; SPADA, Arthur C. Novos direitos fundamentais no âmbito da UNASUL: análise das agendas de Brasil e Venezuela à luz do direito à paz. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, p. 338-352, 2018.

PINO, Bruno Ayllón. Evolução histórica da Cooperação Sul-Sul (CSS). In: SOUZA, A. **Repensando a Cooperação Internacional para o Desenvolvimento**. IPEA, 2014.

SALEHYAN, Idean; GLEDITSCH, Kristian. Refugees and the Spread of Civil War. **International Organization**, v. 60, Spring, p. 335-366, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez Editora, 2010.

SERBIN, Andres. 'Déficit democrático y participación ciudadana en el marco del regionalismo post-liberal.' **Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe**, 2012. Disponível em: http://www.cries.org/wpcontent/uploads/2013/03/anuario2012.pdf. Acesso em: 31 mar 2019.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

WEISBROT, Mark. RAY, Rebecca. SANDOVAL, Luis. Chavez government after 10 years: evolution of the social and economy indicators. **Center for Economic and Policy Research**, 2009.

WIMMER, Andreas; GLICK SCHLLER, Nina. Methodological Nationalism, the Social Sciences, and the Study of Migration: An Essay in Historical Epistemology. **The International Migration Review**. v. 37, n. 3, p. 576-610, 2003.

WISE, Raul D.; COVARRUBIAS, Umberto; PUENTES, Ruben. Reframing the debate on Migration, Development and Human Rights. **Population, Space and Place**, v. 19, n. 4, p. 430-443, 2013.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Paradoxos do refúgio e reassentamento como solução duradoura

Asylum paradoxes and resettlement as a durable solution

Bárbara Bruna de Oliveira Simões
Doutoranda em Ciências Sociais (PUC-RS)
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)
Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
E-mail: barbarabsimoes@gmail.com

Resumo: Trata-se de pesquisa sobre o instituto do refúgio e as soluções duradouras, em especial, o reassentamento de refugiados. O refúgio foi institucionalizado na década de 50, mas, atualmente, tem-se novos fatores que geram fluxos de pessoas para fora de suas nações de origem. Atentando para a situação não pontual do refúgio, criaram-se as soluções duradouras, a saber, repatriação voluntária, integração local e reassentamento. As soluções são, justamente, uma maneira de dar continuidade à vida do refugiado, independente do local onde ele esteja. O reassentamento é a solução que lida com os refugiados mais vulneráveis, pois fogem de seu Estado e, também, do primeiro Estado de acolhida. Visando analisar a situação não pontual do refúgio e o papel do reassentamento, utiliza-se o método dedutivo, por meio de material bibliográfico e documental. O reassentamento é uma solução importante para refugiados que estão em risco no país de acolhida e é uma opção viável quando as demais soluções não podem ser efetivadas, como se pode observar no programa implementado na América Latina. Contudo, a solução ainda apresenta desafios a longo prazo.

Palavras-chave: Refugiado. Soluções Duradouras. Reassentamento.

Abstract: This research deals with the institute of asylum and durable solutions, in particular, the resettlement of refugees. The asylum was institutionalized in the 50s, but, nowadays, there are new factors that generate flows of people outside their countries of origin. Taking into account the non-specific situation of the asylum, durable solutions were created, namely, voluntary repatriation, local integration and resettlement. The solutions are, precisely, a way to continue the life of the refugee, regardless of where they are. Resettlement is the solution that deals with the most vulnerable refugees, as they flee their state and, also, the first host state. In order to analyze the non-punctual situation of the asylum and the role of resettlement, the deductive method is used, using bibliographic and documentary material. Resettlement is an important solution for refugees who are at risk in the host country and is a viable option when other solutions cannot be implemented, as can be seen in the program implemented in Latin America. However, the solution still presents long-term challenges.

Keywords: Refugee. Durable Solutions. Resettlement.

Data de recebimento: 26/02/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

A temática da pesquisa versa sobre o instituto do refúgio e da solução duradoura de reassentamento. O deslocamento é algo natural na história da humanidade, contudo, tem-se, ainda, a discussão acerca das migrações forçadas, ou seja, quando a pessoa não tem poder de escolha e se obriga a abandonar suas origens por conta de fatores externos, como conflitos armados, catástrofes naturais, conflitos internos.

Esses migrantes forçados são englobados pelos fluxos migratórios, assim como os migrantes voluntários, e abarcam a situação dos refugiados. O refúgio foi institucionalizado na década de 1950 e foi criado para uma situação pontual: pessoas que fugiam da Europa durante a Segunda Guerra Mundial. Era pontual, pois se esperava que houvesse uma solução para os problemas e aflições envolvendo as pessoas que forçadamente abandonavam seus lares, fazendo com que a necessidade de existência do instituto chegasse ao fim.

Todavia, o refúgio revela-se como um instituto complexo, dinâmico e paradoxal. Isso porque a situação mostrou-se não pontual, já que há refugiados até os dias de hoje. Observa-se a necessidade de constantes atualizações legislativas[1], que abarquem novos fatores causadores do refúgio, como, por exemplo, a discriminação com pessoas LGBTI, as pessoas que fogem de desastres naturais e, ainda, os próprios migrantes econômicos, que sofrem, também, por conta de ameaça e violação de direitos.[2] O próprio mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) possuía prazo final, justamente pela ideia de que, em algum momento, não haveriam mais refugiados a serem tutelados. Contrariamente ao esperado, o mandato do ACNUR tem sido renovado periodicamente na atualidade.

Diante disso, os organismos internacionais envolvidos com a causa migratória passaram a trabalhar com a ideia de soluções duradouras, ou seja, soluções para que os refugiados possam desenvolver suas vidas, já que a ideia inicial de que o instituto iria ter um final, diante do acolhimento de todos os refugiados ou da volta aos seus países de origem, nunca se efetivou. Objetiva-se, assim, com a presente pesquisa, apresentar dados acerca do refúgio, dando enfoque ao trabalho desenvolvimento atualmente pelo ACNUR, e às soluções duradouras, mostrando como essa situação paradoxal que permeia a existência dos refugiados levou à criação dessas soluções.

São três as soluções descritas pelo ACNUR: repatriação voluntária, integração local e reassentamento. A pesquisa introduzirá as três soluções, mas o foco será a solução do reassentamento de refugiados, pois é a que trata da situação dos refugiados mais vulneráveis, pois lida com pessoas que, além de serem perseguidas no país de origem, sofrem violações e ameaças no primeiro país de acolhida. Assim, questiona-se qual a importância da solução do reassentamento para a proteção dos refugiados e para a quebra desse ciclo de

[1] A Declaração de Cartagena é um exemplo de ampliação da definição de refugiado e será analisada nesta pesquisa.

[2] Como será observado ao longo desta pesquisa, o refúgio foi institucionalizado pela Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967. De acordo com esses dois diplomas, o refugiado é aquela pessoa que está fora do seu país de nacionalidade e não queira/possa retornar e pedir a proteção de seu Estado, em virtude de receio de ser perseguida por razão de raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opiniões políticas. Pessoas LGBTI já são enquadradas em grupo social, mas ainda se tem dificuldades em reconhecer pessoas que fogem de catástrofes naturais, como é o caso dos haitianos, que, no Brasil, são portadores de visto humanitário, não sendo reconhecidos como refugiados. Outro exemplo é a situação dos venezuelanos que, no Brasil, são reconhecidos como refugiados desde 2018. Antes disso, porém, houve muita dificuldade em enquadrar a situação dessas pessoas, pois elas fugiam da crise econômica, política e social da Venezuela, o que não é abarcado pela Convenção de 1951.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

violações de direitos humanos. Para exemplificar a utilização da solução do reassentamento, analisa-se o Programa de Reassentamento Solidário, desenvolvido na América Latina, em que o Brasil tem um papel muito importante de incentivador e participante.

Vale ressaltar que não é uma escolha de qual a melhor solução a ser aplicada. Como será estudado, o ideal seria a possibilidade de um trabalho conjunto entre as três soluções, visando a melhor resposta ao refugiado na sua situação concreta. O objetivo deste trabalho é mostrar a importância das soluções duradouras no geral, como uma resposta efetiva ao refúgio, e a importância do reassentamento, em especial, na atualidade, diante do cenário de conflitos regionais constantes e fronteiras fechadas em muitos países. Na prática, como será estudado pelo Programa de Reassentamento Solidário presente na América Latina, há pontos a serem melhorados, o que também justifica a presente discussão.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, realizando-se a pesquisa a partir do refúgio e das soluções duradouras para chegar ao programa de reassentamento de refugiados na América Latina. O estudo desenvolve-se a partir de material bibliográfico já elaborado, como livros e artigos de periódicos, nacionais e internacionais, e material documental de organizações e agências nacionais e internacionais. O artigo é dividido em quatro capítulos. O primeiro apresenta uma introdução à temática do refúgio. No segundo, analisa-se o surgimento das soluções duradouras. O terceiro capítulo apresenta o foco no reassentamento de refugiados e o quarto capítulo aborda o Programa de Reassentamento Solidário da América Latina.

1 As origens e paradoxos do refúgio: entre a proteção e o pertencimento

Ao longo da história da humanidade, o ser humano lidou com a necessidade de, em algum momento, abandonar suas origens por conta de fatores externos. Nesse sentido, Andrade (1996, p. 8) relata que o homem sempre conviveu com o fato de ter que sair de suas origens e buscar proteção em outra localidade, seja por desagradar algum governante ou pela necessidade da terra. A atenção dada a essa questão aumentou no século XX, por conta das duas grandes guerras: enquanto a Primeira Guerra gerou 4 milhões de deslocados, a Segunda gerou mais de 40 milhões. (JUBILUT, 2007, p. 78).

Além do aumento no número de pessoas refugiadas, Jubilut (2007, p. 24-25) expõe um segundo fator que explica a razão pela qual a comunidade internacional passou a se preocupar com a necessidade de criação de normas que protegessem os refugiados somente no século XX: refere-se à organização dos Estados-nações independentes, em que o refugiado sai de sua terra de origem, mas não localiza alternativa para ser acolhido, já que o Estado tem autonomia para não o aceitar em seu território. Ao se dividir o mundo em Estados independentes, divide-se, também, a compreensão de quem é nacional, de dentro, e quem é estrangeiro, de fora, externo, normalmente reconhecido com o outro. Arendt (1998, p. 335-336) menciona que o paradoxo da perda dos direitos humanos é a transformação da pessoa em um humano somente, sem especificações (profissão, cidadania, opinião), perde seu significado por ser individual, singular.

Gera-se, assim, a necessidade de normatizar, perante todos os Estados, o reconhecimento dessas pessoas. Antes da positivação do instituto, a proteção aos refugiados começa a ser pensada durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tendo em vista o número extenso de pessoas que saíam da União das Repúblicas

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Socialistas Soviéticas. (JUBILUT, 2007, p. 44). O refúgio, como instituto, surge de duas normas internacionais: a Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados e o Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. De acordo com esses dois diplomas, o refugiado é aquela pessoa que está fora do seu país de nacionalidade e não queira/possa retornar e pedir a proteção de seu Estado, em virtude de receio de ser perseguida por razão de raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opiniões políticas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951; 1967).

Depois de várias tentativas, em 1949, as Nações Unidas criam o ACNUR, que tem como um dos objetivos buscar soluções duradouras ao refúgio. (GUERRA, 2017, p. 303-304). O ACNUR é um órgão subsidiário da ONU e, da mesma forma que os organismos anteriores, possuí prazo determinado de existência, pois, quando de sua criação, acreditava-se que a situação dos refugiados seria solucionada no pós-guerra, com o retorno das pessoas aos seus lares ou a completa integração em um novo Estado.

Embora tenha se iniciado a institucionalização da proteção aos refugiados, ainda se pensava que era um problema pontual, tanto no tempo quanto no espaço. Por conta disso, os órgãos foram criados com prazo determinado e para situações específicas. (JUBILUT, 2007, p. 25). As decisões e práticas desenvolvidas pelos organismos responsáveis somente supriam inicialmente as necessidades dos refugiados, ao conferir-lhes algum tipo de registro ou permanência, contudo, não integravam realmente essas pessoas a novas localidades ou efetivavam o retorno aos seus lares.

O que se observa, até os dias de hoje, é que o refúgio é dinâmico e constante. Novos conflitos surgem e criam novas situações de refúgio, fazendo com que o mandato do ACNUR tenha que ser periodicamente renovado.[3] (JUBILUT, 2007, p. 27). Citam-se, como exemplos novos conflitos do século XXI, que geram fluxos de migrantes, a guerra da Síria, iniciada há quase dez anos; a crise econômica, social e política na Venezuela, que leva os venezuelanos aos outros países da América Latina, como, por exemplo, o Brasil; a catástrofe ambiental ocorrida no Haiti, em 2010, dentre outros.

A existências desses novos conflitos comprova que o mundo pós-guerra ainda é palco de fluxos de refugiados. Ainda, evidencia que o refúgio decorre dos fatores dispostos quando da sua institucionalização na década de 1950, mas, também, há novos fatores que não encontram tutela na legislação. É o caso dos refugiados ambientais, que geram diversas discussões no âmbito dos estudos migratórios. Jubilut e Apolinário (2010, p. 288) expõem que, do ponto de vista do direito internacional, expressão refugiado ambiental não está correta, pois a Convenção de 1951 não abrange as pessoas deslocadas por conta de desastres naturais, já que não se visualiza uma situação de perseguição, podendo que o próprio Estado de origem do deslocado ambiental, auxilie as pessoas nessa condição. Contudo, em âmbito regional e até mesmo nacional, pode haver o reconhecimento do refúgio para as pessoas que fogem de desastres naturais, já que alguns Estados podem entender tal situação como perturbação da ordem pública.

[3] O ACNUR foi estabelecido pela Assembleia Geral da ONU na Resolução 319 (IV) de 1949 e o Estatuto do ACNUR foi aprovado em 1950 pela Resolução da Assembleia Geral 428 (V). "No âmbito da ONU, a questão dos refugiados, após o estabelecimento do ACNUR, ainda era considerada como sendo de caráter temporário, devendo ser, portanto, resolvida dentro de um marco temporal limitado. O plano inicial era que o ACNUR funcionasse tão-somente durante três anos. Em 1953, contudo, a Assembleia-Geral da ONU decidiu prolongar o mandato *ratione temporis* do ACNUR a cada cinco anos." (ANDRADE, 2006, lii).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Legislações mais atuais, como, por exemplo, a Declaração de Cartagena, de 1984, adotada na América Latina, apresentam situações mais amplas acerca do refúgio, diante da noção de necessidade de atualização legislativa e observância das realidades regionais. Este instrumento regional não mandatório recomenda a ampliação da definição de refugiado para que se considere, além das previsões universais, a pessoa que tenha fugido do seu país porque sua vida, sua segurança ou sua liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos, ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2010, p. 283).

Diferentemente dos refugiados do pós-Segunda Guerra, europeus que emigravam para outros continentes, o século XXI apresenta uma migração globalizada, do planeta inteiro, em que países de partida, também são de acolhida e vice-versa. Além de não ser uma situação pontual, a mobilidade mostra-se constante no século XXI, pois seus fatores são estruturais, estando longe de desaparecer: defasagens entre os níveis de desenvolvimento humano, crises políticas e ambientais, falta de esperança nos países pobres. (WENDEN, 2016, p. 18). Esses fatores estão diretamente ligados à violência e ameaça aos direitos humanos.

Assim, diferentemente de uma situação pontual, o refúgio permanece constante na atualidade, pois, segundo dados do ACNUR (2019, p. 2), ao final de 2018, havia 70,8 milhões de pessoas deslocadas forçadamente no mundo, por conta de guerras, conflitos e violência generalizada. Jubilut (2007, p. 205) reconhece que a temática do refúgio é bem desenvolvida, mas ainda extremamente dependente da vontade política do Estado, pois eles efetivam a proteção, por meio de tratados, documentos e leis. Dessa forma, somente se percebe o direito a ter direito e o direito de pertencer a alguma comunidade organizada, quando surgem pessoas que perderam esses direitos e não têm chance de recuperá-los, pois já não há local no mundo a ser civilizado. Isso ocorre porque, paradoxalmente, já são todos parte da mesma humanidade, vivendo em mundo único, em que a perda de direitos significa a expulsão da própria humanidade. (ARENDT, 1998, p. 330).

Os refugiados sempre foram aquelas pessoas fora da humanidade, desprovidos de direitos. Suas vidas são permeadas por paradoxos de pertencimento e não pertencimento.[4] O desenvolvimento da proteção dos refugiados, ao longo do século XX, apresentou falhas ao tratar o refúgio como uma situação pontual, não lhe dando o efetivo amparo. Diante dos contínuos conflitos e das populações de refugiados em busca de novos lares, necessitou-se pensar em soluções que auxiliassem essas pessoas a longo prazo, surgindo, então, a ideia das soluções duradouras.

2 Soluções duradouras em face da situação não pontual do refúgio

Neste tópico, serão analisadas a origem e as características das soluções duradouras criadas para a efetivação dos direitos humanos dos refugiados, para, no próximo tópico, atentar-se à solução do reassentamento de refugiados. Andrade (2006, p. cccxi) apresenta que, antes da criação da ONU, já haviam

[4] O que se mostra permanente na vida dos refugiados é o não-pertencimento. Arendt (1998, p. 328) menciona que os refugiados durante a Segunda Guerra Mundial não eram perseguidos por algo que haviam feito ou pensado, mas sim por conta do que simplesmente eram: nascidos na raça errada (judeus na Alemanha), na classe errada (aristocratas na Rússia), convocados pelo governo errado (soldados do Exército Republicano espanhol). As pessoas eram destituídas de direitos humanos justamente por serem somente humanos.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

práticas de soluções duradouras para os refugiados, por meio do trabalho da UNRRA (*United Nations Relief and Rehabilitation Administration*). Na década de 1950, com a criação do ACNUR, muitas mudanças ocorreram no âmbito do direito internacional dos refugiados, dentre elas, a positivação dessas normas por meio da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967.

Como já exposto, o instituto do refúgio foi criado tendo em vista uma situação transitória, contudo, o contrário tem sido a regra e o ACNUR tem seu mandato ampliado por conta de novos moldes que envolvem as migrações forçadas.[5] (LAFER, 2008, p.322). Para lidar de forma adequada com as situações de refúgio, o ACNUR trabalha com o conceito de situação prolongada que

> [...] será o resultado das condições no país de origem dos refugiados, as respostas e condições nos países de acolhimento, a disponibilidade de soluções duradouras e o grau de empenhamento da comunidade internacional, pois algumas situações recebem muito mais atenção do que outras.6 (ACNUR, 2018, p. 22, tradução nossa).

Assim, o ACNUR (2018, p. 22, tradução nossa) entende uma situação de refúgio prolongada quando mais de 25.000 refugiados da mesma nacionalidade permanecem mais de cinco anos no país de destino. Nesse momento, as populações refugiadas já não estão mais na fase de emergência, cuja principal ação é proteção e assistência, mas também não alcançaram uma solução duradoura para seu refúgio. O ACNUR possui um objetivo duplo a ser alcançado: providenciar proteção internacional e buscar soluções permanentes/duradouras para os refugiados, mostrando-se um trabalho humanitário e apolítico. (JUBILUT, 2007, p. 152-153). São três as soluções duradouras apresentadas pelo ACNUR: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento de refugiados.

Uma solução duradoura é aquela que termina com o ciclo de deslocamento, resolvendo as demandas para que as pessoas possam continuar suas vidas.[7] (UNHCR, 2011, p. 28, tradução nossa). Não há hierarquia entre as soluções, cada uma teve papel importante em algum momento da história e, ainda, as três soluções, se aplicadas conjuntamente, podem auxiliar de forma completa a resolução da situação de refúgio.[8] (UNHCR, 2011, p.30, tradução nossa). Mesmo sem hierarquia, a solução duradoura da repatriação voluntária é a prioridade para os próprios refugiados, já que permite o retorno ao país de origem. Deve ser uma decisão livre, com informação e o país de origem deve cooperar com a reintegração da pessoa, para que possa reconstruir sua vida com segurança. Contudo, segundo o relatório do ACNUR, os retornos ocorridos em 2017 foram complexos, por ainda existirem, no país de origem, as ameaças à vida dos refugiados, sem a garantia de reintegração e proteção necessárias.[9] (ACNUR, 2018, p. 27-28, tradução nossa).

---

[5] Além dos refugiados, o ACNUR tem sob sua proteção, também, os deslocados internos e os apátridas.

[6] *"Una situación prolongada será el resultado de las condiciones en el país de origen de los refugiados, las respuestas y las condiciones en los países de acogida, la disponibilidad de soluciones duraderas y el grado de compromiso de la comunidad internacional, pues algunas situaciones reciben mucha más atención que otras."* (ACNUR, 2018, p. 22).

[7] "*A durable solution for refugees is one that ends the cycle of displacement by resolving their plight so that they can lead normal lives*." (UNHCR, 2011, p. 28).

[8] "*There is no formal hierarchy among the durable solutions. While in the early years of UNHCR's existence, resettlement and local integration appeared to be the most viable durable solutions for many refugees, over time most refugees have sought and attained voluntary repatriation. The three solutions are complementary in nature and, when applied together, can form a viable and comprehensive strategy for resolving a refugee situation."* (UNHCR, 2011, p. 30).

[9] "El número de refugiados que regresaron a su país de origen aumentó durante el año hasta alcanzar los 667.400. [...] Aunque el retorno al país de origen suele ser la solución preferida de muchos refugiados, la repatriación debe basarse en una decisión libre e informada y contar con el compromiso

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

A integração local é uma solução surgida ao final da Segunda Guerra Mundial, quando muitos refugiados não tinham interesse em serem repatriados. (ANDRADE, 2006, p. cxcv). Ela busca um lar permanente no país que acolheu o refugiado. Possui um processo complexo e gradual, pois abarca diversas situações: legais (a nação precisa de uma legislação migratória, que possibilite residência), econômicas (o refugiado precisa ter uma forma de renda), sociais (o refugiado precisa participar da comunidade), culturais. O ideal seria que, com o passar dos anos, o processo de integração local possibilitasse a obtenção da residência permanente ou até mesmo a obtenção da nacionalidade do país de acolhida, o que faria com que a pessoa deixasse de ser refugiada. Os objetivos principais dessa solução duradoura residem na ideia de oferecer meios de desenvolvimento para o refugiado, de forma que ele possa contribuir com o país em que está.[10] (ACNUR, 2018, p. 30, tradução nossa).

Os primeiros trabalhos no sentido do reassentamento ocorreram em 1946, antes do mandato do ACNUR. Missões da então agência responsável, Comitê intergovernamental para Refugiados (CIR), buscaram nos países sul-americanos contatos para acordos de reassentamento. (ANDRADE, 2006, p. ccviii). O reassentamento é a prática de um Estado acolher refugiados já reconhecidos pelo ACNUR e/ou por outro Estado, mas que não tiveram a proteção necessária nesse primeiro país de acolhida, por vários motivos: necessidade de proteção jurídica e física, necessidade de cuidados médicos específicos, por uma condição especial (como a de crianças e adolescentes, de idosos, de mulheres em situação de risco ou de famílias separadas) ou por total falta de integração local. Resumindo, é o terceiro país do refugiado (contando o seu de origem) e o segundo de acolhida. (JUBILUT, 2007, p. 199).

Para Cançado-Trindade (2003, p. 342), a relação entre a situação dos refugiados e os direitos humanos é que a violação desses direitos é uma das causas principais de ainda existirem refugiados na atualidade. Assim, os direitos humanos deveriam ser respeitados antes do pedido de refúgio, durante esse e depois, na implementação de soluções duradouras. O reassentamento lida com os refugiados mais vulneráveis, pois são pessoas que continuam a sofrer ameaças e violações de direitos humanos no país que os acolhe. É uma ferramenta importante para refugiados que estão em risco no país de acolhida e é uma opção viável quando as demais soluções não podem ser efetivadas.[11] (UNHCR, 2017, p. 2, tradução nossa). No próximo tópico, serão analisadas as características do reassentamento, diante de sua complexidade de lidar com vidas de refugiados altamente vulneráveis.

total del país de origen con el proceso de reintegración para garantizar que los retornados pueden reconstruir su vida en condiciones de seguridad. Lamentablemente, los contextos en los que se produjeron estos retornos en 2017 fueron a menudo complejos y muchos refugiados regresaron en circunstancias adversas a situaciones en las que no se podía garantizar una reintegración sostenible." (ACNUR, 2018, p. 27-28).

[10] "*Otra solución duradera para los refugiados es la integración local, que conlleva que el refugiado encuentra un hogar permanente en el país de asilo y se integra en la comunidad local. La integración local es un proceso complejo y gradual que abarca aspectos diferentes pero igualmente importantes: legales, económicos, sociales y culturales. Con el tiempo, el proceso debería culminar con la obtención de derechos de residencia permanente y, en algunos casos, la obtención de la nacionalidad del país de asilo. El objetivo es que los refugiados integrados puedan tener unos medios de vida sostenibles y contribuir a la vida económica del país anfitrión, y vivir entre la población de acogida sin sufrir discriminación ni explotación. Sin embargo, dada su complejidad, resulta difícil medir y cuantificar el grado y la naturaleza de la integración local*." (ACNUR, 2018, p. 30).

[11] "*Resettlement is an important tool of international protection for refugees at risk in the country where they sought asylum, or separated from family members by conflict and flight. Where local integration is not an option, and voluntary repatriation is not viable or feasible in the near future, resettlement may be the only durable solution available, especially in protracted refugee situations."* (UNHCR, 2017, p .2).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

3 Características da solução de reassentamento

O reassentamento de refugiados é visto, atualmente, pelo ACNUR, como uma das opções mais saudáveis para os refugiados. Diante da configuração internacional, em que há diversos conflitos regionais e fronteiras fechadas, muitas vezes é difícil realizar a repatriação do refugiado, pois esta precisa ser voluntária e muitos refugiados não querem retornar a seus países de origem por medo de ainda sofrerem violações de direitos, ou a integração local, quando as nações, embora deixem os refugiados entrarem em seus territórios, não proporcionam as oportunidades para que tenham direitos básicos, como trabalho, saúde e educação.[12] (ACNUR, 2018, p. 29, tradução nossa).

O interesse dessa pesquisa em estudar o reassentamento de refugiados reside no fato de o próprio ACNUR reconhecer como a solução mais viável na atualidade, conforme explicado no parágrafo anterior. Ainda, o reassentamento lida com os refugiados mais vulneráveis, pois são pessoas que fogem do Estado que deveria oferecer a acolhida, após a fuga do país de origem. O fato de não poderem retornar aos seus países, não justifica que os refugiados vivam excluídos nas sociedades em que buscam proteção. Nesse sentido, Arendt (1998, p. 331) mostra que "O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade.". A participação, a presença, o fazer parte da comunidade é extremamente importante para os refugiados e o reassentamento é uma ação conjunta de diversos atores para que isso ocorra na prática.

O reassentamento é um processo, desenvolvido pelo trabalho conjunto dos Estados, organizações internacionais e organizações não-governamentais.[13] (UNHCR, 2011, p. 4, tradução nossa). Divide-se em fases: identificação de refugiados que necessitam ser reassentados; avaliação da necessidade de reassentamento individual; preparação de uma submissão de reassentamento; decisão do país de reassentamento; disposições e acompanhamento prévios à partida.[14] (UNHCR, 2011, p. 299, tradução nossa).

O ACNUR é responsável por identificar os refugiados que necessitam de reassentamento, contudo, são os Estados que oferecem locais de residência. As organizações governamentais e não-governamentais atuam em todas as fases do processo, principalmente na integração no local de destino.[15] (UNHCR, 2017, p. 2, tradução nossa). Ainda, o Estado deve arcar com os valores pelo seu programa de reassentamento, que inclui

[12] "*En 2017, dados el gran número de refugiados y la existencia a menudo limitada de oportunidades para la repatriación voluntaria y la integración local, el reasentamiento siguió desempeñando un papel fundamental como herramienta de protección y solución duradera para algunos de los refugiados más vulnerables del mundo.*" (ACNUR, 2018, p. 29).

[13] "*The resettlement of refugees can only be achieved through collaboration with various partners, in particular resettlement States, international organizations and non-governmental organizations (NGOs).*" (UNHCR, 2011, p. 4).

[14] "*The preparation of resettlement submissions must pass through the following common stages of the resettlement process: identification of refugees in need of resettlement consideration; assessment of individual resettlement need; preparation of a resettlement submission; UNHCR submission decision; resettlement country decision; and pre-departure arrangements and monitoring.*" (UNHCR, 2011, p. 299).

[15] "*As part of its mandate, UNHCR identifies refugees in need of resettlement, but it is States that offer permanent places of residence in their countries. NGOs and international organizations may also play a key role throughout the identification, pre-departure, and the post-resettlement integration processes.*" (UNHCR, 2017, p. 2).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

gastos com seleções de missões, consultas médicas, emissão de vistos, viagens.[16] (UNHCR, 2017, p.12, tradução nossa).

> Os Estados que estabeleceram programas regulares de reassentamento de refugiados e concordam em considerar um certo número de submissões do ACNUR a cada ano são considerados Estados de reassentamento. Outros países podem não ter um programa anual, mas também reassentar os refugiados numa base *ad hoc* e podem manter programas especiais de reassentamento beneficiando os refugiados com necessidades específicas. Os governos têm o papel essencial de estabelecer e manter programas efetivos de reassentamento, incluindo serviços e apoios para ajudar os refugiados reassentados a se integrarem em suas novas comunidades.[17] (UNHCR, 2017, p. 5, tradução nossa).

As submissões do ACNUR para os programas de reassentamento dos Estados apresentam três níveis de prioridade no atendimento: emergência, urgente e normal.[18] (UNHCR, 2011, p. 246, tradução nossa). Os casos de emergência precisam ser organizados em até 7 dias; os casos urgentes devem partir em até 6 semanas e os normais devem ser reassentados dentro de 12 meses.[19] (UNHCR, 2017, p. 10, tradução nossa). O ACNUR tem ciência dos casos que precisam de reassentamento por meio de pesquisas de seus escritórios locais. Essas informações são compiladas anualmente em um documento chamado *UNHCR Projected Global Resettlement Needs* e divulgadas entre os parceiros no *Annual Tripartite Consultations on Resettlement,* em Genebra, para que seja discutida a necessidade de cotas de reassentamento, falhas, prioridades, desafios.[20] (UNHCR, 2017, p. 8, tradução nossa).

O ACNUR seleciona alguns aspectos necessários que os Estados devem possuir para que ofertem vagas de reassentamento, por exemplo, um quadro jurídico e político que ofereça um estatuto legal ao refugiado; estrutura institucional para apoiar o reassentamento, programa de recepção e integração para prestar serviços essenciais, incluindo recepção, orientação, moradia, assistência financeira, assistência médica, aulas

[16] "*Resettlement States are responsible for funding their own resettlement programmes. States are therefore expected to cover the costs including: interview/selection missions, medical checks and pre-departure orientation, exit visas from country of asylum, travel from the country of asylum and on-arrival services in the new country of resettlement*." (UNHCR, 2017, p. 12).

[17] "*States that have established regular refugee resettlement programmes and agree to consider a certain number of submissions by UNHCR each year are considered resettlement States. Other countries may not have a yearly programme, but also resettle refugees on an ad hoc basis and may maintain special resettlement programmes benefiting refugees with specific needs. Governments have the essential role of establishing and maintaining effective resettlement programmes, including services and supports to assist resettled refugees to integrate into their new communities*." (UNHCR, 2017, p. 5).

[18] "*UNHCR resettlement submissions have three priority levels: emergency, urgent and normal. This level applies to cases in which the immediacy of security and/or medical condition necessitates removal from the threatening conditions within a few days, if not within hours. […] Refugees who face conditions requiring their expeditious resettlement, but within a less limited time frame than indicated above, are categorized as urgent cases*." (UNHCR, 2011, p. 246).

[19] "*Emergency cases, which typically involve immediate life-threatening situations, are expected to depart for resettlement within a period not exceeding seven days; urgent cases should depart within six weeks; and normal priority cases are to be resettled within 12 months. These benchmarks are used by UNHCR to gauge whether resettlement activities are efficient and responsive to the protection and resettlement needs of refugees*." (UNHCR, 2017, p. 10).

[20] "*Drawing on these data sources, UNHCR country offices worldwide forecast the refugee resettlement needs for the next calendar year and UNHCR's capacity to address them. This information is compiled in the UNHCR Projected Global Resettlement Needs document, which is then used for planning the global resettlement activities of the Office as it provides the rationale and scope of UNHCR's resettlement operations in any given country. Furthermore, the document allows UNHCR to chart the projected global resettlement needs and its capacity to address those needs; taking into account the resource and other challenges that impact resettlement delivery. This annual UNHCR Projected Global Resettlement Needs document is shared with the resettlement partners in the lead-up to the Annual Tripartite Consultations on Resettlement (ATCR) held in Geneva. The document raises awareness of populations identified as in need of resettlement, and serves as the primary reference document for dialogue on resettlement needs, priorities, likely gaps and challenges in programme delivery, allowing informed decisions on quota and resource allocations. The majority of resettlement States rely on UNHCR to recommend individuals and groups of refugees according to needs and priorities identified by UNHCR and its partners, and to present these individuals for resettlement consideration. The resettlement States assess the individual case submissions made by UNHCR and decide whether or not to grant resettlement according to their policies, laws and regulations*." (UNHCR, 2017, p. 8).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

de idiomas, preparação para o emprego e educação, e para apoiar o engajamento da comunidade e engajamento público para promover comunidades acolhedoras.[21] (UNHCR, 2017, p. 5-6, tradução nossa).

Novos Estados na política de reassentamento encontram desafios na integração dos refugiados à nova comunidade, por isso o ACNUR trabalha no sentido de enxergar as necessidades específicas e incentivar programas que se concentrem em um intercâmbio bilateral.[22] (UNHCR, 2011, p. 69-70, tradução nossa). Jubilut (2007, p. 200) apresenta duas características do reassentamento: primeiro, não é um direito do indivíduo, mas sim uma tentativa de oferecer uma nova oportunidade de integração. Segundo, tem caráter necessariamente voluntário, o refugiado deve concordar em mudar de país de proteção, em atenção ao princípio do *non-refoulement,* pois sem a concordância, o refugiado poderia ser devolvido a um país em que sua vida é ameaçada.

Pelo exposto, observa-se que o reassentamento de refugiados é uma alternativa viável em busca de melhores condições para os refugiados, devendo ser um trabalho conjunto entre os Estados, as organizações não-governamentais e o ACNUR. A importância dessa solução para os refugiados reside na possiblidade de um recomeço em suas vidas, mediante toda uma estrutura montada para atender aos seus direitos básicos, como trabalho, educação, moradia, lazer, saúde. Pelo programa de reassentamento, o refugiado é acompanhado, durante um período, por profissionais e pessoas da comunidade que buscam sua participação e seu pertencimento.

Ainda, países que não têm estrutura interna para a acolhida de refugiados permanecem com as fronteiras abertas e acolhem essas pessoas, pois sabem que o reassentamento é um programa que auxilia na realocação dos refugiados para nações preparadas para recebê-los. É, assim, uma forma de compartilhamento de responsabilidades com os países que abrigam a maior parte dos refugiados.[23] (UNHCR, 2011, p. 4, tradução nossa). Esses resultados, bem como pontos a serem ainda implementados ou aprimorados, podem ser observados na prática de reassentamento desenvolvida na América Latina, por meio do Programa de Reassentamento solidário.

---

[21] "*A legal and policy framework including legislation to provide resettled refugees a secure legal status on arrival, and access to fundamental civil, political, economic, social and cultural rights, including the prospect of acquiring citizenship; An institutional framework to support resettlement, including decision-making structure, division of responsibilities, and resource allocation, as well as informationsharing and training of key partners including levels of government, nongovernmental organizations, and other service providers; Established processing procedures including quota allocation, case submission, selection and departure procedures; A reception and integration programme to deliver essential services including reception, orientation, housing, financial assistance, medical care, language classes, employment preparation, and education, and to support community engagement; Public engagement to foster welcoming and hospitable communities, including through media attention.*" (UNHCR, 2017, p. 5-6).

[22] "*For resettlement to be truly a durable solution, resettled refugees require support to integrate into their new communities. Ensuring that the refugees they resettle integrate effectively remains a major focus for resettlement States, and developing their structural capacity to receive refugees remains a challenge for some of the newer resettlement countries. UNHCR has sought to draw the attention of States to the specific integration needs of resettled refugees, and to encourage integration programmes that focus on a two-way exchange to create welcoming communities and foster positive integration. Negative public attitudes towards persons of concern threaten the protection environment and increase difficulties for UNHCR to secure resettlement places for refugees from certain regions. Racial discrimination and related intolerance are common causes of flight which can also put refugees at risk at subsequent stages of the displacement cycle, including during integration into their new resettlement community.*" (UNHCR, 2011, p. 69-70).

[23] "*Resettlement has also brought about positive results that go well beyond those that are usually viewed as a resettlement outcome. In the face of a continued influx of refugees, the use of resettlement has convinced countries of first asylum to keep open their borders, thereby avoiding massive loss of life. In other situations resettlement has played a key role in unlocking the impasses in protracted refugee situations, and opening the possibilities of other durable solutions. Offering resettlement places to refugees in need is also an active expression of responsibility sharing with the countries that host the bulk of the world's refugees. Overall, resettlement is a dynamic and flexible tool, and when done effectively and with strategic vision, the results of resettlement can be powerful beyond the direct impact on the persons resettled.*" (UNHCR, 2011, p. 4).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

4 Práticas de reassentamento na América Latina

O reassentamento de refugiados somente se mostra possível diante do trabalho conjunto das nações, do ACNUR e das organizações governamentais e não-governamentais, mostrando ser um mecanismo de compartilhamento de responsabilidades em âmbito internacional, já que auxilia na diminuição dos impactos no primeiro país de refúgio ao propor vagas de reassentamento, que é feito de forma voluntária por cada nação.[24] (UNHCR, 2017, p. 2, tradução nossa).

Visando o desenvolvimento dessa prática duradoura, os países da América Latina iniciaram o chamado Programa de Reassentamento Solidário. A preocupação com os fluxos migratórios nos países latino-americanos originou o Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá, na cidade de Cartagena das Índias, Colômbia.[25] Desse encontro, surgiu a Declaração de Cartagena, em 1984, instrumento regional não vinculante. A Declaração ampliou a definição de refúgio, tendo sido confirmada em 1994, por ocasião de seu décimo aniversário, quando foi adotada a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas. (ACNUR, 2015, p. 14).

Em 2004, em comemoração aos 20 anos da Declaração de Cartagena, nações da América Latina e Caribe reuniram-se e aprovaram a Declaração e o Plano de Ação do México (PAM) para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina. (ACNUR, 2015, p. 13-14). O PAM criou o Programa de Reassentamento Solidário[26] para fornecer soluções duradouras para refugiados latino-americanos. Inicialmente, foi implementado com colombianos que estavam no Equador e na Costa Rica e foram reassentados na Argentina, no Brasil, no Chile, no Paraguai e no Uruguai. Ainda, 363 refugiados extra regionais se estabeleceram no Brasil, no Chile e no Uruguai.[27] (UNHCR, 2011, p. 25, tradução nossa). Já no ano de 2014, no Brasil, foi realizado um encontro para comemorar os 30 anos da Declaração, conhecido como Cartagena+30. No Plano de Ação do Brasil, documento resultante dessa reunião, previu-se a necessidade de abertura do Programa de Reassentamento Solidário a populações de fora da América Latina, principalmente diante da guerra na Síria.[28] (RUIZ, 2015, p. 25, tradução nossa).

O Programa é organizado em uma estrutura tripartite, dividida entre o ACNUR, os Comitês Nacionais para Refugiados das nações (CONAREs) e organizações da sociedade civil. (MULLER, 2013, p. 236). O ACNUR considera os países latino-americanos de reassentamento emergente, razão pela qual receberam

[24] "*Resettlement is also an international responsibility sharing mechanism, allowing States to offer protection to refugees outside their territories, and reduce problems impacting the country of first asylum. States are not obliged to accept refugees for resettlement, but rather voluntarily offer resettlement places as a tangible expression of international solidarity. Offering resettlement places may also have strategic value, in that providing a durable solution through resettlement for a number of refugees may open avenues for others remaining behind to enjoy improved conditions in the country of asylum. Resettlement can thus be an important element of comprehensive solutions.*" (UNHCR, 2017, p. 2).

[25] Atualmente, o fluxo migratório mais expressivo na América Latina é de venezuelanos. Diante da crise econômica, social e política pela qual a Venezuela passa, muitas pessoas buscam novas oportunidades nos países fronteiriços, como o Brasil.

[26] Além do Programa de Reassentamento Solidário, o PAM também criou o Programa Cidades Solidárias e o Programa Fronteiras Solidárias.

[27] "*The Mexico Plan of Action created the Solidarity Resettlement Programme in 2004 to provide durable solutions for Latin American refugees, primarily Colombians in first asylum in Ecuador and Costa Rica, countries that were struggling with large refugee populations. Beginning 2005, 1,151 refugees, mostly Colombians, have been resettled to Argentina, Brazil, Chile, Paraguay, and Uruguay through the SRP. Another 363 extra-regional refugees have resettled in Brazil, Chile, and Uruguay.*" (UNHCR, 2011, p. 25).

[28] "*Indeed, the Brazil Plan of Action foresaw such a need and opened the door for solidarity resettlement to extend to extra-regional populations.*" (RUIZ, 2015, p. 25).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

apoio técnico e financeiro do ACNUR e de outros destinos tradicionais de reassentamento, como Noruega e Austrália. (MARCOGLIESE, 2017, p.54). No curto e médio prazo, a questão do financiamento do programa necessitará da convergência de múltiplas fontes, incluindo o ACNUR, os países de reassentamento solidário e a comunidade internacional. Para que haja um futuro para o programa regional de solidariedade, são necessários esforços mais articulados para assegurar recursos para o programa. (WHITE, 2012, p. 81-82).

Desde sua implementação, o programa mostra-se de extrema importância na região, por compartilhar responsabilidades e experiências. Contudo, ainda há alguns desafios, como o da integração dos refugiados à nova comunidade, que deve ser entendida como autossuficiência ao final da assistência financeira ou do período de um ano. (WHITE, 2012, p. 83-84). Para auxiliar nessa demanda, o Estado deve estar envolvido e engajado em todas as etapas do reassentamento, desde o planejamento até a integração, mesmo que a implementação do programa seja de responsabilidade de uma agência parceira da sociedade civil.[29] (RUIZ, 2015, p. 27, tradução nossa).

Para White (2012, p. 83), uma característica importante de países como Brasil, Chile e Argentina, é o significativo engajamento da sociedade civil. Eles têm numerosas e bem-estabelecidas organizações não-governamentais e redes que podem lidar com as necessidades e os desafios que os refugiados enfrentam. A estratégia de diversificação deve incluir parcerias com universidades, que podem oferecer iniciativas criativas de cooperação em várias áreas, desde saúde mental até assistência jurídica.

O Brasil possui um papel fundamental no desenvolvimento do Programa de Reassentamento Solidário na América Latina. Cabe rememorar que o programa surgiu de uma proposta do Brasil e nele foi inicialmente implementado, assim como no Chile e na Argentina, sendo o Brasil e o Chile já precursores no reassentamento antes mesmo da existência do programa. (WHITE, 2012, p. 52). Ao acolher refugiados colombianos e palestinos que se encontravam em situações precárias, por exemplo, no Equador e na Jordânia, o Brasil não reparte o peso apenas com estes países, mas com o próprio sistema de proteção de refugiados, financiado majoritariamente por doações dos países mais ricos para os quais os refugiados seriam normalmente reassentados. Ao assumir a posição de doador de recursos e acolhedor de refugiados reassentados, o Brasil, através do CONARE e seus representantes, assume o compromisso de prestar solidariedade internacional, caracterizando-a também como uma obrigação contratual. (MULLER, 2013, p. 238).

Verifica-se, então, que o reassentamento de refugiados, cada vez mais, é uma alternativa para uma acolhida duradoura dos refugiados. O Programa de Reassentamento Solidário em funcionamento na América Latina apresenta o reconhecimento do outro independente de fronteiras e nacionalidades, a cooperação entre nações como forma de divisão de responsabilidades e a busca de uma tutela de direitos humanos que ultrapasse as fronteiras das nações.

[29] "*The State must be involved and engaged at every stage of the resettlement process, from planning to integration, even if day-to-day implementation of the programme is in the hands of a partner agency from civil society*." (RUIZ, 2015, p. 27).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Considerações finais

O presente artigo apresentou a temática das soluções duradouras, em especial, o reassentamento de refugiados e o Programa de Reassentamento Solidário desenvolvido na América Latina como uma forma de acolher e auxiliar a complexa situação pela qual os refugiados passam. A importância do estudo reside no fato de que é crescente o número de pessoas que migram forçadamente, grupo ao qual pertencem os refugiados. Além de uma legislação atualizada para o acolhimento de refugiados, as nações necessitam de políticas migratórias adequadas para que os refugiados façam parte da comunidade e possam desenvolver suas vidas em um novo destino, quando o retorno para o país de origem não se mostra válido.

Ao longo da pesquisa, observou-se que o instituto do refúgio foi criado para ser uma situação pontual, ou seja, esperava-se que, após as medidas tomadas ao término da Segunda Guerra Mundial, as necessidades dos refugiados desaparecessem, estando todos integrados em alguma sociedade ou retornamos aos seus lares. A complexidade e o paradoxo da questão do refúgio residem no fato de que essa situação já se mostrou não pontual. O refúgio não ficou restrito somente ao continente europeu e durante o período da guerra, como disposto, inicialmente, na Convenção de 1951. Atualmente, conflitos no mundo todo geram fluxos de refugiados, governos tiranos, ausência e violação de direitos humanos fazem com que as pessoas busquem uma vida melhor em outros Estados.

Ao verificar que o refúgio era uma situação constante e complexa, o ACNUR voltou-se à implementação das soluções duradouras, já que, em algum momento, teria que lidar com um novo fluxo de refugiados precisando de suporte e tutela. As soluções criadas, a saber, a integração local, a repatriação voluntária e o reassentamento, são possibilidades para que a pessoa em situação de refúgio possa, novamente, ter a oportunidade de fazer parte de uma comunidade, seja retornando ao seu lar (repatriação voluntária), residindo permanentemente em outro local (integração local) ou buscando um novo destino (reassentamento).

O reassentamento foi escolhido como foco do estudo por ser, segundo o ACNUR, a solução mais buscada na atualidade, já que o mundo presencia um crescente número de conflitos regionais (Síria e Venezuela são alguns) que geram novos fluxos de pessoas refugiadas e, por outro lado, presencia uma também crescente mobilização de países desenvolvidos, como, por exemplo, países Europeus e os Estados Unidos da América, em não abrir suas fronteiras ou, abrindo-as, não efetivando os direitos básicos dos refugiados. Assim, não havendo possibilidade de retorno ao seu país de origem ou de integração ao país em que está, os programas de reassentamento conectam países dispostos a receber refugiados com países que os recebem, mas não podem os manter, e com o ACNUR para mediar as conversas.

Assim, sua importância para os refugiados reside no papel fundamental que desempenha em toda a questão migratória, desde o contato com o refugiado para que saia de um ambiente de abusos e violações de direitos, até a realocação dessa pessoa em uma comunidade previamente estudada e preparada para sua acolhida. Como exemplo dessa prática, tem-se o Programa de Reassentamento Solidário desenvolvido na América Latina. O fim desejado pelo Programa de Reassentamento Solidário é o pertencimento do refugiado, para que esse possa se desenvolver pessoal e profissionalmente. O Programa ainda conta com desafios, como o engajamento dos Estados na acolhida dos refugiados e o financiamento das ações, esforços a longo prazo

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

para que seja dada continuidade a essa prática importante para as nações da América Latina e para os refugiados que necessitam dela.

Referências

ACNUR. **Global Trends**: forced displacement in 2018. Geneva: ACNUR. 2019. Disponível em: https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf. Acesso em: 04 jan. 2020.

ACNUR. **Memória do trigésimo aniversário da Declaração de Cartagena sobre refugiados**. Quito: ACNUR. 2015. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Mem%C3%B3rias-do-Trig%C3%A9simo-Anivers%C3%A1rio-da-Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Cartagena-sobre-refugiados_ACNUR2015.pdf. Acesso em: 04 jan. 2020

ANDRADE, José H. Fischel. **Direito internacional dos refugiados**: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANDRADE, José H. Fischel. **A política de proteção a refugiados da organização das Nações Unidas** – sua gênese no período pós-guerra (1946-1952). 327 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Relações Internacionais, Brasília. 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

CANÇADO-TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos** - v.1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

FONSECA, Márcio Alves da. Imigração, Estado de Direito e biopolítica. **Revista de Filosofia Aurora**, v. 28, n. 45, p. 969-984, set./dez, 2016.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, p. 275-294, jan./jun., 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da paz**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 297-329.

MARCOGLIESE, María José. The Solidarity Resettlement Programme, and alternatives, in Latin America. **Forced Migration Review**. Oxford, n. 54, February, 2017.

MIGRAÇÃO. In: OIM. **Glossário sobre migrações** - n. 22. Genebra: OIM, 2009. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

MULLER, Paulo Ricardo. Noções de solidariedade e responsabilidade no campo da cooperação internacional para a proteção de refugiados. **Revista Internacional de Mobilidade Humana**, v. 31, n. 40, p. 229-244, jan./jun., 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados** – 28 de julho de 1951. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados** - 4 de outubro de 1967, 1967. Disponível em:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.

RUIZ, Hiram. **Evaluation of Resettlement Programmes in Argentina, Brazil, Chile, Paraguay, and Uruguay**. Genebra: UNHCR, 2015.

UNHCR. **UNHCR resettlement handbook.** Genebra: UNHCR, 2011. Disponível em: https://www.unhcr.org/46f7c0ee2.pdf. Acesso em 22 jan. 2020.

UNHCR. **Frequently asked questions about resettlement**. Genebra: UNHCR. 2017. Disponível em: https://www.unhcr.org/56fa35b16. Acesso em: 20 jan. 2020.

WHITE, Ana Guglielmelli. Um pilar de proteção (aos refugiados): reassentamento solidário da América Latina. **Refúgio, migrações e cidadania**, v. 7, n. 7, p. 51-90, 2012.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Pelo prisma da responsabilidade civil a jurisprudência desvela o poder judiciário no capitalismo

Through the civil responsibility prism jurisprudence unveils the judicial power in capitalism

Carlos Augusto de Oliveira Diniz
Doutor em Direito (PUC-SP)
Universidade Federal de Goiás (UFG)
Jataí, Goiás, Brasil
E-mail: carlosaugustodiniz@hotmail.com

Rogério Nogueira Guimarães
Doutor em Direito (PUC-SP)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)
Paranaíba, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: rogerio.ng@hotmail.com

Estefânia Naiara da Silva Lino
Doutora em Direito (PUC-SP)
Universidade de Rio Verde (UNIRV)
Rio Verde, Goiás, Brasil
E-mail: estefanialino@msn.com

Resumo: O objeto do trabalho é procurar a compreensão profunda de como o Poder Judiciário funciona em uma sociedade capitalista massificada. A hipótese levantada para essa investigação é de que no Brasil o poder Judiciário esteja atuando dentro de uma lógica que facilita e viabiliza o raciocínio da análise econômica do direito. O objetivo geral é promover uma abordagem investigativa em torno do Poder Judiciário no sistema capitalista. Já o objetivo específico é averiguar se existe interferência do sistema econômico vigente na atuação do Poder Judiciário e quais seriam os efeitos caso se confirme a interferência econômica. Optamos pelo método indutivo, e, portanto, partindo do específico para a construção de um pensamento que possa ser geral, ou seja, analisando fração de jurisprudência para entender como atua o Poder Judiciário de modo amplo. Como metodologia utilizamos a revisão bibliográfica fundada no pensamento de Alysson Leandro Mascaro.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Capitalismo. Tutela do Consumidor. Jurisprudência. Poder Judiciário.

Abstract: The object of this researching work is to seek the deep understanding of how the Judicial Power works in a mass capitalist society. The hypothesis raised by this investigation is that in Brazil the Judicial Power is acting inside a logic which facilitates and enables the reasoning of the economic analysis of law. The general goal is to promote an investigative approach around the Judicial Power in the capitalist system. The specific objective on the other hand, is to ascertain if there is any interference of the current economic system in the performance of the Judicial Power and which would be the effects in the case of the economic interference is confirmed. We opted by the inductive method, and therefore, starting from the specific to the construction of a thought which can be general, in other words analyzing case law fraction to understand how the Judicial Power operates in an extensive way. As the methodology, we used the bibliographic review based on the thought of Alysson Leandro Mascaro.

Keywords: Civil Liability. Capitalism. Consumer Protection. Jurisprudence. Judicial Power.

Data de recebimento: 01/03/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

Este trabalho é fruto de projeto de pesquisa, não concluído, desenvolvido em Universidade Pública e intitulado “Poder, Estado e Capitalismo: Impactos no Processo de Construção do Direito”. Este projeto conta com a participação de pesquisadores colaboradores de três instituições públicas de ensino superior.

Trazida à informação anterior é importante iniciarmos ponderando que na vivência em sociedade, os homens têm direitos e obrigações que devem ser respeitados visando à harmonia social. Cada vez que o direito de outrem for lesado, surge para o ofensor a obrigação de reparação do dano causado. Não se pode desconsiderar que a busca sem limites pelo lucro corrobora para que os direitos dos consumidores sejam constantemente desrespeitados.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que compete ao Estado promover a defesa do consumidor, e por vezes essa proteção vem posteriormente via responsabilidade civil, ou no modo repressivo. É importante que aqui se pondere o papel do Judiciário tendo em vista que não há possibilidade jurídica para que se busque a reparação pela autotutela.

Não obstante o consumidor também é figura importante dentro do sistema capitalista, estrutura essa que engloba também o poder judiciário. Logo, o sistema capitalista é o cenário onde ocorrem danos e onde estes danos são previstos em lei e é também a lei que dará a possibilidade para que o Poder Judiciário possa atuar no sentido de garantir a proteção do consumidor, ainda que pela via da reparação.

Portanto, o presente trabalho, reflete resultados parciais de projeto de pesquisa em andamento, tem como objetivo geral procurar entender como a responsabilidade civil funciona dentro da ordem econômica capitalista. E como objetivo específico o presente trabalho procura compreender como o judiciário atua neste processo de reparação de danos procurando identificar eventuais limites que se impõem ao poder judiciário.

Logo, o texto foi desenvolvido da seguinte forma: inicialmente uma abordagem conceitual da responsabilidade civil. Num segundo momento analisamos o Estado capitalista e do consumidor, em terceiro abordaremos a lógica de atuação do poder judiciário fazendo uma análise jurisprudencial. Ao final chegamos a uma conclusão que está à disposição daqueles que se interessarem em estudar o tema.

1 Abordagem conceitual da responsabilidade civil

O homem é um ser com desejos e aspirações próprias que só se realiza no meio social a partir da interação com os seus semelhantes. Desde o nascimento o homem é detentor de direitos inerentes a sua natureza de homem e têm o direito de desenvolver plenamente suas potencialidades da mesma forma que seus semelhantes também têm. (DUGUIT, 2009).

Como membros da sociedade dos homens é preciso respeitar limites contribuindo assim para a harmonia social. Entretanto, com a evolução da sociedade, com as transformações econômicas e sociais, não foi possível assegurar a todos o acesso aos bens tutelados pelo Estado e isso gera profundas desigualdades sociais, miséria, marginalização, fome.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

A capacidade que cada um tem de exercer seus direitos cria uma espécie de obrigação; o homem enquanto sujeito de direitos tem obrigações decorrentes de sua vivência em sociedade, conforme pontua Duguit:

> Concebe-se, assim, para todos a obrigação de respeitar no outro o desenvolvimento pleno de suas atividade física, intelectual e moral e nessa obrigação reside o próprio fundamento do direito, constituindo regra social (DUGUIT, 2009, p. 23).

Entretanto, para que seus direitos sejam garantidos, cada um deve ceder parte de sua liberdade para ter seus direitos assegurados conforme instituiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) no artigo 4º: “O exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurarem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direito”.

O homem como indivíduo é único, com particularidades e interesses próprios. Assim surgem na interação social os conflitos, pois cada indivíduo tende a querer fazer valer o seu direito. Dessa forma, surgem as regras jurídicas com a função de garantir a harmonia social ao mesmo tempo em que assegura a proteção aos direitos individuais.

> Somente a partir da interação entre duas ou mais pessoas é que surgem limites à liberdade de escolha de cada indivíduo, na medida em que o aspecto subjetivo deve ser respeitado, não podendo vir a sofrer ataques, nem mesmo ameaças, por parte de terceiros (RESEDÁ, 2009, p. 22).

Cada vez que um homem atinge o direito de outro, causando-lhe lesão ou ameaça, o Estado deve intervir, fazendo cessar o dano causado e assegurar que o indivíduo que lesou tenha a obrigação de reparar o mal causado (RESEDÁ, 2009). Dessa forma, surge a responsabilidade civil, como a obrigação que cada um tem de responder por suas condutas danosas praticadas no convívio social.

Pelos danos causados a outrem surge a possibilidade de reparação, cuja penalidade incide sobre o patrimônio do transgressor. No entanto, nem sempre foi assim. Houve uma época em que danos causados a outrem recaiam diretamente sobre a pessoa do agressor, ou seja, aquele que praticasse conduta lesiva sobre outrem ou sobre coisa alheia pagava com a própria vida e muitas vezes essas penalidades alcançavam até a família.

A Lei de Talião pode ser definida como a forma mais primitiva de punição e muito utilizada pelos povos antigos e partia da ideia de que a penalidade deveria ser semelhante ao mal causado. Danos físicos eram punidos com danos físicos. Já os danos causados às coisas deveriam ter ressarcimento material. Por exemplo, danos causados aos escravos não eram punidos com castigos corporais, pois estes eram considerados coisas; assim, o causador do dano a um escravo deveria indenizar materialmente o dono do escravo (CASTRO, 2007).

Posteriormente, proibiu-se que as penalidades recaíssem sobre a pessoa e a partir de então, as penas passaram a ter caráter pecuniário, ou seja, os bens do ofensor eram destinados a reparar o mal causado. Sinais dessa situação encontram-se nos antigos códigos de Ur–Namur, de Manu e na Lei das Doze Tábuas (RESEDÁ, 2009). Desta forma, é possível inferir que esses códigos são considerados como fontes remotas da responsabilidade civil, porém é imperioso que se faça algum esclarecimento:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> Responsabilidade civil não significa restritamente reparação, mas dever de reparar. A responsabilidade civil implica duas ordens de deveres: uma, de natureza primária, em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever, como o de conduzir a causa de seu cliente com zelo e dedicação; outra, de ordem secundária, quando o agente descumpre o dever, gerando com a sua conduta uma lesão, ao patrimônio ou à pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária. (NADER, 2016. p. 35).

A responsabilidade civil está ligada a uma obrigação, no caso uma obrigação gerada por uma ação ou omissão contra outrem. Para Flávio Tartuce a obrigação nasce de cinco fontes: "a) Lei; b) Contratos; c) Os atos ilícitos e o abuso de direito; d) Os atos unilaterais; e) Títulos de crédito". (TARTUCE, 2020, p. 31).

Importante fazer uma distinção entre obrigação e responsabilidade: "Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro". (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 2). No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves pondera:

> […] a relação jurídica obrigacional resulta da vontade humana ou da vontade do Estado, por intermédio da lei, e deve ser cumprida espontânea e voluntariamente. Quando tal fato não acontece, surge a responsabilidade. Esta, portanto, não chega a despontar quando se dá o que normalmente acontece: o cumprimento da prestação. Cumprida, a obrigação se extingue. Não cumprida, nasce a responsabilidade, que tem como garantia o patrimônio geral do devedor (GONÇALVES, 2019, p. 53).

Em relações de consumo, por exemplo, essa compensação deve ser feita mediante a indenização que é uma forma clara de evitar que o poder das empresas não seja usado de maneira maléfica ao consumidor. Este que deve ser considerado a parte fraca das relações de consumo, conforme destaca o próprio artigo 4º da Lei 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor):

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Para facilitar a compreensão da ideia de reparação de dano recorremos aos ensinamentos de Pablo Stolze "[…] podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) o nexo de causalidade" (GAGLIANO, 2020, p. 31).

No mesmo sentido, mas de modo mais detalhado pondera Flávio Tartuce que os Elementos da Responsabilidade Civil seriam quatro: "I – Conduta Humana (Ação, Omissão); II – Culpa genérica ou Lato sensu (Dolo, Culpa strictu sensu); III – Nexo de causalidade (Relação causa e efeito); IV – Dano (Material, Moral, Estético, Novos Danos)" (TARTUCE, 2020, p. 328).

Portanto, presentes esses componentes em qualquer relação haverá a possibilidade de quem tenha suportado um dano (material, moral, estético) manobre os instrumentos jurídicos com o escopo reparação.

2 Estado capitalista e o consumidor

O capitalismo é estruturado por características que colocam o consumidor em um processo de destaque, afinal a ponta final da produção é o consumo de bens e serviços. Como modo de produção o capitalismo é um

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

processo de evolução, o que não significa que a sociedade tenha evoluído paralelamente, mas o sistema capitalista sim.

É importante que se defina esse sistema de produção. Sendo assim, recorremos aos ensinamentos do professor Hunt da Universidade de Utah nos Estados Unidos da América. Para esse autor a definição de capitalismo passa, necessariamente, por duas linhas de orientação que são as forças produtivas, e as relações sociais de produção (HUNT, 1981).

As forças produtivas são um conjunto que engloba as chamadas tecnologias produtivas de uma determinada sociedade tais como o conhecimento técnico - científico, implementos, máquinas, parque industrial, etc. Aqui ainda se insere a questão humana (mão-de-obra), que tem se mostrado ao longo da história como um instrumento decisivo para o capitalismo.

Esse fator humano é crucial, pois segundo Hunt é o ser humano quem se encarrega da produção de matéria prima e posteriormente quem também transforma a referida matéria nos produtos finais (HUNT, 1981). Para que o humano possa produzir o que se espera é importante que se tenha garantia de um mínimo ao trabalhador.

Esse mínimo garantido ao trabalhador é composto de saúde, alimentação, moradia, vestimenta, dentre outras. Isso seria o grande fator de sucesso, ou longevidade, de um modo de produção, seria a sua capacidade de garantir esse mínimo o grande diferencial do capitalismo, pois permite que se possa extrair o máximo de produção com um mínimo de garantias. E essas garantias são em essência garantias mínimas para o capital, não para o trabalhador, ao contrário do que possa parecer.

No tocante as relações sociais de produção Hunt entende que esse sucesso do modo de produção capitalista está relacionado ao fato de não produzir apenas para atender ao que se chama de necessidades mínimas, mas também, para a produção de um *plus* que é denominado de excedente social, uma espécie de sobra final depois de todas as deduções do processo produtivo. (HUNT, 1981).

Ao longo da história a capacidade humana de aumentar esse excedente social tem progredido consideravelmente. Essa evolução tem posto em dois grupos distintos os atores da produção, de um lado, a maior parcela da população que se põe de maneira, até exagerada, a disposição de um crescimento constante do excedente social. De outro lado, uma minoria se apropria e administra este excedente (HUNT, 1981).

Essa relação entre o que se denomina de forças produtivas, e relações sociais, é que forma um modo de produção. A referida relação percebe-se no capitalismo. Então, dentro desta perspectiva Hunt define tal modo de produção:

> No contexto desse conjunto geral de definições, podemos definir *capitalismo* o modo particular de produção com o qual os pensadores estudados neste livro se têm preocupado. O capitalismo é caracterizado por quatro conjuntos de esquemas institucionais e comportamentais: produção de mercadorias, orientada pelo mercado; propriedade privada dos meios de produção; um grande segmento da população que não pode existir, a não ser que venda sua força de trabalho no mercado; e comportamento individualista, aquisitivo, maximizador, da maioria dos indivíduos dentro do sistema econômico. (destaque do autor). (HUNT, 1981, p. 26)

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Pontuadas essas definições iniciais, é importante que se faça ainda alguma digressão acerca da história do desenvolvimento deste modo de produção. Porém, apesar de identificarmos quatro fases do desenvolvimento capitalista (pré-capitalismo, capitalismo comercial, capitalismo industrial, capitalismo financeiro) focaremos na terceira fase:

> Capitalismo industrial – Tem início na segunda metade do século XVIII na Inglaterra. O capital acumulado na circulação de mercadorias é investido na produção; o capital industrial domina o conjunto da produção, inclusive distribuição e circulação. O trabalho assalariado se instala, em prejuízo dos artesãos, separando claramente os possuidores de meios de produção e o exército de trabalhadores. O processo se espalha por Europa, América do Norte e Ásia no século XIX; e ganha o mundo no século XX, quando numerosas nações passam a lutar para atingir a condição de país industrializado. (ARRUDA; PILETTI, 1996, p. 128).

Esta fase é crucial, pois é este momento que a relação entre produção e consumo fica mais claramente posta. Nesta linha é importante que se pondere que o processo da Revolução Industrial começou com o artesanato no fim da idade média; passou pela manufatura com a demanda maior por produtos; e culminou com a maquino-fatura onde o trabalhador estava ligado à máquina e ao patrão.

O que ficou claro depois da Revolução Industrial foi que a sociedade aumentou muito a velocidade de suas relações, diga-se de passagem, processo que não se esgotou , pois os avanços científicos desde então ficaram cada vez mais evidentes e sempre e aumentaram a dinâmica das relações, de fato nascia a era das massas em que as subjetividades foram dilaceradas.

Neste sentido a evolução tecnológica consolidou em nossa sociedade a massificação nos processos de interação, produção e consumo, pois a produção industrial em larga escala gerou a necessidade de consumo em massa, pois de outro modo não se conseguiria extrair o máximo do excedente do trabalho esse processo só se realiza quando produção e consumo se complementam.

Com isso queremos fixar um elemento central nesse momento que é a obsolescência programada. Então, é preciso fabricar produtos que tenham uma vida curta, mas que não impeça de serem usados minimamente pelo consumidor. Eis a obsolescência programada.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> Os Estados Unidos foram os primeiros na racionalização e padronização da produção, criando métodos que geravam produtos, cujos preços eram mais acessíveis à população. A utilização de estratégias de alavancagem de consumo e o surgimento de bens que tivessem menor tempo de vida útil, por parecerem ultrapassados, começaram a aparecer no final dos anos vinte, diante do contexto da crise gerada pela quebra da bolsa de Nova York. A crise de 1929 acarretou o fechamento de muitas empresas, e as que sobrevieram tiveram que adotar estratégias adequadas à continuidade de suas vendas, serviço este nada fácil, diante da falta de recursos disponíveis. A aparência dos produtos passou a ter importância relevante no momento da compra, então as firmas americanas, nessa época, passaram a implementar conceitos de moda para fazer seus produtos mais desejáveis. Vale ressaltar que o aumento das vendas teve como um dos fatores condicionantes o incremento e modificação da publicidade e propaganda. Estas mudanças são relatadas, genericamente, pela revista, rádio, cinema, televisão, que logo tornou-se o instrumento mais eficaz à propaganda. Começaram a surgir novas tecnologias, possibilitando o uso de materiais diferenciados, como o plástico e o alumínio para a fabricação de diversos produtos de consumo. Na década de vinte o número de empresas havia aumentado, desse modo a competição tornou-se mais acirrada para a conquista do mercado consumidor. Logo, diante dessa situação surgiram os produtos com estilos diferenciados, ou melhor, produtos que tinham manipulação de características, como a sua aparência externa, para que ficassem mais atrativos aos demandantes e assim, funcionando como meio de incremento às vendas. Um bom exemplo é o mercado automobilístico, em que a GM começou a temer o perigo de saturação do mercado, e em 1925, o setor de vendas da empresa aderiu à produção por modelos anuais de seus bens, em vez de garantir, de forma mais relevante, melhorias tecnológicas anuais, dando origem à concepção consumista dos americanos. Vários outros setores, além do automobilístico, passaram a usar esta mesma estratégia de renovação anual dos modelos, ocasionando um incentivo à substituição por modelos ou produtos novos. (PAVÃO, 2010, sp).

Então, foi nos Estados Unidos que essa forma de atuação surgiu, para a consolidação dessa ideia de obsolescência não bastou apenas encurtar a vida útil dos produtos foi preciso também baratear os custos para estimular o consumo. Ademais, os problemas econômicos trazidos pela crise de 1929 recomendavam essa prática de estimulo ao consumo.

Destaca-se ainda neste momento o papel importante que passou a ter o *marketing* e a propaganda para estimular o consumo. Aqui se pode dizer que se vislumbrou a ideia de que a imagem do produto também é consumida. Isso perdura até hoje e de fato percebe-se o quão superficial o capitalismo tornou a vida do indivíduo.

A mídia então revelou-se como uma importante ferramenta para pôr o consumidor frente a frente com o produto dizendo-lhe: "- Você precisa disso!" Neste contexto uma obra da década de sessenta, mais precisamente 1965, intitulada em português de "Estratégia do Desperdício" aborda o tema. O autor da referida obra é Vance Packard,

> Na década de sessenta, Packard (1965, apud Saad, 2001, p. 25) fez um estudo em que analisava as estratégias usadas nos Estados Unidos para incentivar o consumo em massa, enumerando nove estratégias: - estimular a compra de vários itens de um mesmo produto; - incentivar a aquisição de um novo produto, desfazendo-se do velho; - incentivar a substituição de peças, ao invés de concertá-las, quando não conseguiam convencer o consumidor a jogar o produto fora; - dificultar os meios de o consumidor ter conhecimento sobre o valor real do produto, promovendo constantes liquidações; - facilitar a obtenção de empréstimos e financiamentos para a compra de bens de consumo; - incentivar o hedonismo, buscando eleger o prazer individual e imediato como o único bem possível; - estimular o aumento da população, aumentando desse modo o número de consumidores em potencial; - e utilizar alguns meios específicos para atingir a obsolescência programada. Neste contexto, Packard define três modos diferentes de obsolescência programada, ou seja, formas pelos quais um produto pode se tornar obsoleto, que são baseadas na função, qualidade e desejabilidade. (PAVÃO, 2010, sp).

Essa separação em três diferentes formas de obsolescência, são definidas da seguinte forma: a de função, é aquela em que um produto fica obsoleto porque foi produzido um novo produto que desempenha

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

melhor a função. Neste caso pode-se citar como exemplo a máquina de escrever e o computador. Essa forma de obsolescência é até louvável (PAVÃO, 2010).

A segunda forma é a obsolescência de qualidade, que é aquela voltada para estimular o consumo, aqui os produtos são inferiores para realmente se desgastarem antes e com isso estimularem o consumo. Esta forma de fazer com que o produto se torne obsoleto é a mais desprezível do ponto de vista ético segundo Pedro Paulo Pavão (2010) que ainda cita como exemplo os *softwares* que não conseguem trocar informações devido ao fato de um ser mais recente que o outro (PAVÃO, 2010).

E por último a de desejabilidade**,** que é aquela em que o produto ainda está perfeito para o uso, porém, percebe-se que o consumidor não tem mais interesse pelo produto. Aqui se aflora um caráter psicológico que faz com que a pessoa prefira a roupa da estação, sem dúvida a indústria da moda é a mais emblemática quando se fala de obsolescência por falta de desejo do consumidor (PAVÃO, 2010).

Dessa forma, o capitalismo extrapolou a mera produção de produtos, agora o capitalismo ganha contornos sociais fundamentais para o seu sucesso que é a alterações dos padrões de comportamento e escolhas dos homens que perderam sua subjetividade dentro desse processo de massificação.

E aqui é importante dizer que o Estado brasileiro não está fora dessa conjuntura global que o capitalismo impôs, pois segundo conclusão de Eros Roberto Grau o Brasil fez uma opção pelo modo de produção capitalista com todas as suas nuances.

> - a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista; - há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar; - a ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las. (GRAU, 2003, p. 314).

Essa opção pelo sistema capitalista é que tem nos trazido a problemática do presente trabalho, qual seja, que atualmente vive-se em um capitalismo que produz em massa para um mercado consumidor crescente. Sendo assim, os danos também têm ocorrido em massa e por isso a responsabilidade civil é uma frequente nessa sociedade de massas. E dessa forma compreender como o Poder Judiciário atua neste cenário de capitalismo de massa é imprescindível.

Diante desse quadro é importante analisar a proteção do consumidor. É possível encontrar a discussão germinal da questão ao longo da história da humanidade. O antigo código de Hamurabi já reservava alguns artigos relacionados à prestação de serviços. Conforme demonstra Castro: “Se um pedreiro construiu uma casa para alguém e não executou o trabalho adequadamente e o muro ameaça cair esse pedreiro deverá roçar os muros às suas custas” (CASTRO, 2007, p. 22). Percebe-se que desde esta época já havia algumas leis que protegiam o consumidor em casos de serviços mal prestados.

Entretanto, foi somente após o advento da Revolução Industrial, com o desenvolvimento do comércio, das comunicações em massa, com a publicidade e a oferta de produtos que a sociedade do consumo se consolidou. E isso resultou em consequências negativas sobre a qualidade de vida e sobre os interesses coletivos

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno que deixou o consumidor desprotegido em face das novas situações decorrentes do desenvolvimento. (ALMEIDA, 1993, p. 2).

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da identificação dos interesses coletivos e difusos propiciou o surgimento da tutela do consumidor. Notadamente, o consumidor é uma parte fundamental na estrutura da sociedade capitalista e pressupondo a hipossuficiência deste na relação de consumo, a tutela jurídica do consumidor repercutiu em nível internacional; fato que levou a Organização das Nações Unidas (ONU) a se posicionar sobre o assunto culminando com a Resolução n. 2.542 de 1969, da Declaração das Nações Unidas sobre o progresso econômico e social. E em 1973, a ONU promulgou "Os Direitos Fundamentais e Universais do Consumidor".

Em 1985, por meio da Resolução n. 39/248, a ONU editou normas instando os governos a tornarem efetiva a defesa do consumidor, a promulgar leis visando coibir práticas abusivas, a proteger a saúde, a segurança e os interesses econômicos do consumidor, a criar formas de indenização pelos danos causados e, sobretudo, orientar e educar o consumidor, de acordo com as especificidades de cada país.

No Brasil a partir da década de 30 surgiram alguns Decretos direcionados à defesa do consumidor. No entanto, foi a partir de 1985 que a tutela do consumidor tomou aspectos efetivos; o que se percebe com a promulgação da Lei n. 7.347 de 24 de Julho do mesmo ano, que inaugura da tutela jurídica do consumidor, que disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade aos Danos Causados ao Consumidor e aos interesses difusos e coletivos.

A Constituição Federal de 1988 consolida a tutela jurisdicional ao inserir no artigo 5º inciso XXXII que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Percebe-se a relevância do Direito do Consumidor ao ser inserido na Constituição, entre os direitos e deveres individuais e coletivos. Revela a disposição do Estado em intervir em situações que não poderiam ser resolvidas eficientemente sem intervenção estatal.

> A opção pela inclusão desta matéria no plano da política constitucional se dá pela inegável necessidade de que certas situações de desequilíbrio social sofram a incisiva ação terapêutica do Estado, seja esta ação de cunho econômico ou jurídico. (MARINS, 1993, p. 28).

A justificativa para a inserção da tutela do consumidor pelo Estado, tem o objetivo de equacionar as relações entre fornecedores e consumidores, pautada no reconhecimento da hipossuficiência deste nas relações de consumo. "É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo", (ALMEIDA, 1993, p. 15). Visto que para suprir suas necessidades de bens e serviços, submeter-se as condições impostas pelo fornecedor

> Chega-se a conclusão que o consumidor não está educado para o consumo, e que, em razão disso, é lesado por todos os modos e maneiras, diuturnamente, e vê, com frequência, serem desrespeitados os seus direitos básicos, consagrados pela ONU e pela legislação brasileira, como saúde, segurança, escolha, informação e ressarcimento. (ALMEIDA, 1993, p. 16)

Em obediência ao exposto no artigo 5º inciso XXXII, surgiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei n. 8.078, de 11 de novembro de 1990), com o objetivo de regulamentar a proteção e a defesa do

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

consumidor. O CDC traz as diretrizes que norteiam a Política de Relações de Consumo cuja meta maior é harmonizar as relações de consumo e fazer com que a parte hipossuficiente seja respeitada e protegida.

3 O que esperar do Poder Judiciário no capitalismo de massas

No tópico anterior apresentamos a descrição do cenário por onde se deve analisar a responsabilidade civil, ou seja, o contexto em que perceberemos a atuação do Poder Judiciário. Portanto, estamos num momento de produção e consumo em massa e isto influenciará o Poder Judiciário de modo incisivo e é justamente isso que pretendemos especificar neste tópico.

Delineamos até aqui que os direitos do consumidor devem ser tutelados pelo Estado, por intermédio da promulgação de leis que efetivem essa proteção até a responsabilização daqueles que contrariarem os ordenamentos emanados do ordenamento jurídico brasileiro com vistas a coibir práticas lesivas ao consumidor.

Não obstante é no ato de decisão que o Poder Judiciário tem dado demonstrações de como ele se moldou e tem se conduzido no sistema capitalista. Pensemos no caso das indenizações, pois quando as condenações acontecem em valores reduzidos, o Poder Judiciário está dando a chance para que o infrator possa contabilizar esse recurso, fazendo análise econômica do direito.

Contabilizar significa prever em seu orçamento/balanço os gastos com indenizações por exemplo. A partir do momento que isso ocorre, percebe-se claramente que o poder econômico se deu conta de que a violação de direitos é uma previsão legal posta não para ser respeitada, mas apenas para criar uma linha nos balancetes de grandes conglomerados. Sendo assim, pagar essas indenizações ao invés de parar com as práticas abusivas é uma opção política e consequentemente econômica.

Neste rumo o Código Civil de 2002, afirma em seu artigo 927 que *"*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Para Pablo Stolze a reparação civil possui três funções bem claras, a primeira é compensar a vítima fazendo com que a situação volte ao *status quo ante*, ou seja, que a situação volte ao patamar anterior à lesão. Pode ser realizada por meio da reposição do bem lesado e quando não é possível restituí-lo, impõe-se o pagamento de indenização no valor do bem material. Se o bem é imaterial, a indenização é compensatória (GAGLIANO, 2020).

A segunda função da reparação civil é a punição do ofensor de forma que este não volte a praticar atos que lesem o bem jurídico alheio. Por fim, a terceira função da reparação civil corresponde à medida socioeducativa de forma que a sociedade perceba que condutas deste tipo não serão toleradas. (GAGLIANO, 2020). Ocorre, que conforme já dito, a partir do momento que o empresário contabiliza custos com eventuais indenizações fica impossível que a responsabilidade civil atinja essa função pedagógica.

Conforme visto para a configuração da responsabilidade civil, ou seja, do dever de indenizar, o dano é elemento fundamental. Não há como falar em reparação civil ou indenização se não houver lesão a direito alheio. Neste norte, de acordo com o artigo 944 do Código Civil de 2002, as indenizações deverão ser fixadas de acordo com a extensão do dano causado à vítima. Sem pretensão de enriquecer a vítima e empobrecer o ofensor, mas como forma de reparar o mal causado.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

O que se percebe é que as indenizações fixadas pelo judiciário brasileiro não cumprem a sua função social, pois longe de desestimular os empresários a não violarem direitos, as baixas indenizações fazem com que o empresário simplesmente aprenda a atuar dentro dessa lógica reproduzida pelo Poder Judiciário, por exemplo, o desrespeito aos consumidores neste contexto tende a se repetir constantemente (RESEDÁ, 2009).

Há uma preocupação por parte do judiciário em não estimular o enriquecimento sem causa, e isso faz com que o judiciário fixe apenas a quantia necessária para acalentar o ofendido, sem que isso represente ao ofensor uma reprovação social de sua conduta.

Muitas vezes há comportamentos reiterados por parte das empresas que acham mais lucrativo pagar as baixas indenizações aos poucos clientes que acionaram o judiciário do que corrigir o problema:

> A ânsia pelo acúmulo de lucros a qualquer custo ultrapassa os limites legais e resulta no desrespeito contínuo aos direitos das pessoas. Assim, ao modificar a forma de aplicação da prestação jurisdicional a título de responsabilidade civil, o Estado demonstra ao ofensor a necessidade de censurar o seu comportamento em detrimento à manutenção da ordem social (RESEDÁ, 2009, p. 242).

Salomão Resedá (2009) destaca a importância de observar o ofensor, pois a realidade que se apresenta como objetivo central da reparação civil é o restabelecimento do *status quo ante*, do ofendido. Há necessidade de observar se a conduta delitiva do ofensor constitui prática recorrente na sociedade. Pois a reparação deve ter como objetivo primordial coibir práticas lesivas e desestimular atos que lesem o direito do próximo.

> Apenas restituir um indivíduo mantém a porta ainda aberta para que o ofensor sinta-se à vontade na prática do ato. Aliás, acredita-se que há uma ratificação da viabilidade desse comportamento, na medida em que se forma jurisprudência quanto ao montante aplicado naquele caso. (RESEDÁ, 2009, p. 285).

Indenizações com um valor mais alto do que o normalmente estabelecido no judiciário brasileiro podem contribuir para que os conglomerados revejam suas práticas comerciais, e passem a respeitar os direitos dos consumidores. Sendo assim, enquanto o valor das indenizações relativas aos danos causados aos consumidores continuar a ser fixado em valores irrisórios o desrespeito ao consumidor continuará e, o judiciário por sua vez, enquanto poder com o dever de tutelar o consumidor nada mais será do que um mercado de ínfimas indenizações completamente, desacreditado.

Nesta direção no decorrer do projeto de pesquisa mencionado na introdução deste artigo encontramos um caso prático em que foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Porém, tendo em vista tratar-se de um caso cuja discussão é o dano moral tomamos a precaução de não apresentar dados que possam expor as partes sobretudo o consumidor que sofreu o dano.

No entanto o que nos chama a atenção é a lógica jurídica utilizada pelo desembargador relator do caso, é esta lógica que interessa ao presenta trabalho tendo em vista que a lógica de qualquer ação é dada pelo contexto no qual essa ação está inserida.

No caso concreto analisado percebe-se uma atuação do julgador de primeiro grau que provavelmente se incomodou com o fato de que as indenizações de baixos valores contribuem para que o empresariado continue reincidindo na conduta que se deveria evitar, nesta linha, o pensamento do julgador de primeiro grau

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

se coaduna com a ideia proposta e defendida por Salomão Resedá (2009) do que se tem chamado de função social da responsabilidade civil.

Em apertada síntese o caso se refere ao fato de que uma Sociedade Empresária foi condenada ao pagamento do que se chamou de condenação pedagógica, pois o julgador atribuiu um valor para reparação do dano moral sofrido pela vítima e foi além, decidindo que como forma de evitar uma condenação por quantia irrisória a empresa demandada deveria pagar um valor para uma instituição de assistência social.

> VOTO – O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator). Da leitura das razões recursais, verifico que a apelante pede, primeiro, que a sentença seja reformada para o fim de ser julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais, haja vista que teria sido correto o envio do nome da autora para os órgãos de restrição ao crédito *"pois os valores são devidos pela prestação da utilização dos serviços da apelante" (f.71).* Caso assim não entenda este Tribunal, formula pedido alternativo, qual seja, a redução do valor do dano moral. Feitas estas considerações, passo ao exame das alegações em capítulos separados. Da configuração do dano moral: No caso em tela, o dano moral alegado pela autora em sua petição inicial decorreu do fato de seu nome ter sido enviado aos órgãos de proteção ao crédito por dívida inexistente, mais precisamente *"por não ter mantido qualquer relação com a empresa e nunca ter residido em Brasília/DF ou imediações"* (f.03). Importante registrar que a ré aqui apelante não apresentou contestação e, em razão desse fato, aliado aos documentos juntados com a petição inicial, o juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado na inicial. Diante da revelia da ré, não se há falar que a dívida objeto de inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito seja existente, haja vista que o artigo 319 do Código de Processo Civil é claro em afirmar que devem ser reputados verdadeiros os fatos alegados pelo autor não impugnados pelo réu na contestação. Nestas circunstâncias, entende-se que o dano moral restou configurado com o simples envio indevido do nome da autora apelada para os órgãos de restrição ao crédito por dívida inexistente, inexistência que não pode ser contestada pela ré não só em razão de sua revelia, mas, também, pela robusta prova apresentada pela autora, não se havendo falar em necessidade de prova de prejuízo e nem em prova de ter agido a ré apelante com dolo ou má-fé. (TJMS, 2010, sp).

Então para que possamos pontuas alguns elementos importantes é necessário dizer que a empresa demandada pertence ao setor de serviços de telecomunicações, ou seja, pertence a um dos ramos de atividade que mais enfrentam reclamações e demandas judiciais.

Neste sentido, é muito comum que essas empresas adotem como estratégia jurídica a análise econômica do direito e, portanto passem a analisar o direito e o judiciário de modo bastante financeiro, o que significa, por exemplo, optar por deixar de apresentar resposta em primeiro grau para defender-se apenas no juízo recursal, pois aí já se economizou gastos com a defesa em primeiro grau.

No entanto, não estamos dizendo que seja o caso em tela, estamos apenas ressaltando a maneira como as empresas compreendem o direito e o Poder Judiciário. Prosseguindo na análise da lógica impressa no julgado chegamos à parte que trabalha com o arbitramento do valor da indenização.

> Do valor dos danos morais e da indenização pedagógica: Fixada a responsabilidade da ré por ter enviado o nome da parte autora indevidamente aos órgãos de restrição ao crédito, resta examinar, então, se o valor arbitrado a título de danos morais, qual seja, R$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), deve ser mantido ou diminuído, como pede a apelante, de forma alternativa, nas razões recursais. […] Dito isto, considerando que o julgador destinou à autora apelada, a título de dano moral, a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais) e não tendo ela interposto recurso visando majorar tal valor, deve ser mantida a parte da sentença que destinou à apelada a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais). Todavia, entendo que a sentença não deve subsistir na parte em que condenou a ré a pagar ao Asilo Santo Agostinho, a título de indenização pedagógica, a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Com efeito, no passado tive oportunidade de comungar do mesmo entendimento do juízo *a quo*. No entanto, a evolução jurisprudencial e a aplicação de normas atinentes ao processo, fez com que este relator refletisse melhor sobre o tema. (TJMS, 2010, sp).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Conforme tínhamos dito antes, na busca por fugir das indenizações ínfimas que são completamente absorvidas pelos departamentos financeiros das empresas o juiz de primeiro grau procurou efetivar a função social do dano moral e arbitrou uma indenização dividida entre a vítima e uma instituição de caridade, com isso é preciso perceber o esforço e até aflição deste julgador.

Não menos aflitiva é a análise da situação do desembargador que chega a mencionar a simpatia pela tese da função social do dano moral, porém, o desembargador acabou por declarar sua mudança de entendimento.

Destaque para a posição de ambos, um no primeiro grau procurando enfrentar o sistema capitalista, provavelmente com pouco tempo de magistratura, ao passo que o desembargador provavelmente com mais tempo de magistratura, porém, alterando sua compreensão e mudando seu entendimento.

Fizemos este destaque para afirmar que quanto aos dois julgadores temos decisões que pertencem ambas a um mesmo contexto capitalista. E das duas posturas a que mais pode ter expressado a influência do sistema capitalista é sem dúvida a atuação do desembargador que alterou seu entendimento.

Sem juízo moral é preciso refletir se neste contexto capitalista existe efetivamente o princípio do livre convencimento do juiz? Ou se o Poder Judiciário é livre, porém, apenas dentro dos limites da ordem capitalista? É importante pensar sobre isso. Retomando o julgado seguimos analisando a argumentação:

> Esta Quinta Turma Cível, recentemente, teve oportunidade de afastar a chamada indenização pedagógica, consoante de vê da ementa do seguinte acórdão: "APELO DO BANCO FINASA S/A – FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO AO LESADO – MANTIDA – SANÇÃO PEDAGÓGICA – INDENIZAÇÃO À ENTIDADE BENEFICENTE – EXCLUÍDA – DIREITO PERSONALÍSSIMO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. (TJMS- Quinta Turma Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.029433-6/0000-00 – Paranaíba - Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso).Adoto como razão de decidir, os fundamentos expostos pelo Desembargador Júlio Roberto Siqueira: "Porém, quanto à alegação do recorrente de que a sanção pedagógica não foi aplicada de forma legal, tenho que assiste-lhe razão. Valho-me de trecho da obra de Américo Luís Martins da Silva: "(...) o ato de reparar não pode se distanciar do ato de ressarcir um prejuízo causado a alguém, ou seja, bem como se exprime Silvio Rodrigues, reparar ou indenizar é tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima. Segundo ele, a ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito." (O dano moral e sua reparação civil. 3ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 365). (destaquei). Nas palavras de Rui Stoco: "Caso o próprio ofendido venha a pleitear dano moral e o obtenha, não podem seus herdeiros, familiares ou pessoas próximas e íntimas pretender o mesmo direito, sob o mesmo fundamento, salvo se estiverem buscando reparação por direito próprio, pelo fato de a ofensa àquele tê-los atingido reflexamente. (...) Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo. Constitui regra de obediência imperativa que só se repara o dano moral quando o mesmo existia efetivamente. É que, dado seu caráter eminentemente subjetivo, jamais se transferiria ativamente a terceiros, seja pela cessão comum, seja pelo 'jus haereditatis' (TJSP – 3ª C.Dir. Público – Ap. 42.724-5/0 – Rel. Rui Stocco – j. 26.10.99)" (Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª ed. Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 1.710). E ainda: "É o que se colhe em Caio Mário da Silva Pereira ao observar: 'Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido' (Responsabilidade Civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, n. 45, p.55). E acrescenta: 'O ofendido deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva' (idem, n.49. P.60)" (Idem. Pg. 1.732). Assim, tenho que merece prosperar referida alegação por tratar-se o direito de indenização por dano moral, de personalíssimo, não havendo qualquer justificativa plausível para que se beneficie terceiros quando o dano foi causado apenas ao autor da ação de indenização. (Voto proferido pelo Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, nos autos do recurso de apelação n. 2009.029433-6- Paranaíba). Na verdade, não se está aqui a negar a importante função pedagógica do dano moral, mas apenas ressaltando que ao se arbitrar o dano moral, a função pedagógica a ser observada deve ter por finalidade melhor indenizar a pessoa lesada e não terceiro estranho ao processo. Conclusão: Pelas razões expostas, dou parcial provimento ao recurso interposto por Brasil Telecom S. A. Filial Mato Grosso do Sul para o fim de excluir da sentença recorrida a parte que condenou a apelante a pagar ao Asilo Santo Agostinho a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo a condenação ao pagamento de dano moral à autora apelada, no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), devendo a verba honorária fixada em 10% (dez por cento) ser calculada sobre este valor. Custas pela apelante. (TJMS, 2010, s/p).

Dessa maneira, analisando o desfecho deste julgamento a Empresa apelante, revel na primeira instancia, conseguiu diminuir os custos da responsabilidade civil por dano moral em 60%, pois saiu de uma condenação em R$ 28.000,00 para apenas R$ 8.000,00.

No julgamento em segunda instância os desembargadores reconheceram a importância da função pedagógica da responsabilidade civil, porém com o cuidado de que ao se arbitrar o dano moral, a função pedagógica a ser observada deve ter por finalidade melhor indenizar a pessoa lesada e não terceiro estranho ao processo.

Então a indagação que deve ser feita é se ao invés de condenar a empresa apelante a pagar R$ 8.000,00 para a vítima e R$ 20.000,00 para o Asilo Santo Agostinho o julgador tivesse arbitrado os R$ 28.000,00 apenas para a vítima será qual seria a chance de que a sentença fosse ratificada pelo tribunal? Difícil saber, porém é importante pensar que o Poder Judiciário está inserido num contexto capitalista, mais especificamente no capitalismo de massas.

Neste sentido, é preciso destacar artigo publicado que realizou uma pesquisa interessante que corrobora com a indagação feita acima. O texto é intitulado "A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias" e apresenta dados importantes.

> A previsibilidade do resultado dos processos judiciais é uma das facetas do princípio da segurança jurídica, princípio este norteador do sistema jurídico pátrio. O método do livre arbitramento adotado pelo Código de Processo Civil concede ampla liberdade aos juízes na fixação do montante indenizatório por danos morais, o que pode significar que não há como prever o valor condenatório. Por outro lado, a jurisprudência pode contornar a imprevisibilidade por meio da uniformização de suas decisões. A tendência em adotar determinados critérios na quantificação do dano moral ou em limitar a indenização à determinada faixa de valores permitiria um prognóstico do resultado que será obtido com a demanda indenizatória, caso procedente. (ANTUNES, 2020, sp).

Destacamos como central a busca pela segurança jurídica mediante a diminuição das incertezas que eventualmente circundam todo e qualquer processo. Dessa maneira, se tudo no momento é passível de financeirização das relações não seria natural que não somente os demandantes pugnassem por maior previsibilidade do valor das indenizações. Dessa forma a lógica de raciocínio fundada na análise econômica do direito passa a ressoar também no Poder Judiciário.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Portanto, a previsibilidade é o que já discutimos anteriormente neste texto sobre a absorção pelo empresário dos custos de eventuais condenações e com isso ocorrerá um total esvaziamento da dita função social/pedagógica da responsabilidade civil. No judiciário isso ganha força com os argumentos em torno da responsabilidade do magistrado sobre o ato de decidir, ou ainda pelo princípio da proporcionalidade nas decisões.

Bem verdade é que a análise econômica do direito é uma lógica que ganhou as mentes que atuam na área da responsabilidade civil. Essa lógica de pensamento pode ser explicada da seguinte forma: O empresário levará em consideração algumas indagações: 1) Quanto custa para melhorar o produto ou serviço? 2) Quantos consumidores irão ao judiciário contra a empresa por falhas no serviço ou produto? 3) Quantos lograrão êxito no processo? 4) Qual é a média das condenações? 5) É possível suportar tais condenações? 6) Quanto tempo isso irá demorar?

Na outra ponta o julgador irá dentro da mesma lógica considerar o seguinte quando for julgar: 1) Não posso incorrer em sentença desproporcional. 2) A sentença não pode dar margem a falência do empresário. 3) a Empresa tem papel social na produção de serviços e produtos, na geração de empregos e impostos. Dessa forma, cada um ao seu modo trabalhará dentro da lógica capitalista e dessa forma ambos contribuem para que a imprevisibilidade seja diminuída por meio da uniformização jurisprudencial.

A uniformização jurisprudencial é reflexo e exemplo da sociedade de massas em que estamos inseridos. Ocorre, que essa uniformização jurisprudencial é a expressão da massificação dentro do Poder Judiciário, de modo que a massificação está em tudo, na produção, no consumo, nas relações sociais, etc. Ratificando essa compreensão prossegue a autora:

> Entre as atribuições constitucionais do Superior Tribunal de Justiça está a de julgar, em grau recursal, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados ou Distrito Federal, com intuito de uniformização da interpretação do direito federal (artigo 105, III, da CF). Ao apreciar o recurso especial, a corte de sobreposição não analisa matéria de fato, mas tão-somente questões de direito. Significa dizer que não há espaço para o reexame de matéria probatória, centrando-se a avaliação judicial na interpretação de dispositivos de lei federal. Tanto é assim que foi editada a Súmula 7: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Não obstante o recurso especial não se prestar à apreciação de pontos fáticos controvertidos - e a ponderação sobre a quantia indenizatória é claramente uma questão de fato -, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reavaliado a quantificação do dano moral, sob o argumento de que é possível a revisão dos valores condenatórios. Em voto proferido no REsp 826.683/SP, a relatora Ministra Nancy Andrighi defende a atuação da corte, considerando que, *in verbis*: [...] em hipóteses excepcionais, pode o Superior Tribunal de Justiça rever o valor fixado em ação de compensação por danos morais, desde que haja discrepância insuportável com o que ordinariamente se entende por razoável em casos semelhantes. (ANTUNES, 2020, sp).

Deste modo, apesar do que diz a Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial., ficou claro que o Superior Tribunal de Justiça poderá adentrar ao mérito em questão de fato e, digamos, reposicionar o valor correto de uma indenização por dano moral ao que ordinariamente se entende por razoável.

O Poder Judiciário demonstrou com isso que suas portas estão abertas para que os empresários possam realizar uma tomada de decisões fundada na análise econômica do direito, reforçando a compreensão

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

de que o judiciário tem um papel dentro da lógica capitalista e tem desempenhado de maneira eficiente. Nesta linha vejamos:

> A média dos valores indenizatórios demonstra radical variação entre as instâncias inferiores e o Superior Tribunal de Justiça. No universo dos julgados estudados, a média condenatória na primeira instância é de R$ 88.585,38; na segunda instância, eleva-se para R$ 105.920,86; e, no Superior Tribunal de Justiça, a média decai vertiginosamente para R$ 12.445,59. Se somente considerados os valores médios, a redução experimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é da ordem de 85,95% relativamente à quantia fixada na primeira instância e de 88,25% em relação à segunda instância. (ANTUNES, 2020, sp).

Portanto, explicado o porquê o Superior Tribunal de Justiça optou por uma jurisprudência (contestável, mas efetiva) de que para restabelecer a razoabilidade poderá interferir para reposicionar o valora das indenizações.

Dessa forma, o julgamento em torno do caso prático do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul é apenas uma expressão micro do que ocorre em larga escala no macro, ou seja, à medida que se sobe com as pretensões na estrutura do Poder Judiciário, nos deparamos com tais reposicionamentos de valores das indenizações.

> Em 20,5% dos acórdãos, a corte manteve a quantia indenizatória, por entender que a fixação observou os padrões de razoabilidade. Nestes casos, a condenação média é de R$ 19.964,64, o que não destoa da média encontrada em todos os recursos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça. A média dos valores mantidos corresponde a um valor 81,15% inferior que a média das quantias arbitradas no segundo grau. Observa-se que a corte especial somente mantém as condenações que se encaixam no padrão médio dos valores por ela controlados. O Superior Tribunal de Justiça procedeu à majoração do *quantum* indenizatório em somente três dos acórdãos pesquisados (REsp 752.469/RS, REsp 679.248/RJ e REsp 644.236/MG). O aumento foi dado com base no argumento de que a quantia fixada nas instâncias ordinárias mostrou-se como irrisória ou inadequada à lesão sofrida. Há compatibilidade entre os valores finais alcançados nestes casos (R$ 5.000,00, R$ 10.000,00 e R$ 30.000,00) e a média dos valores indenizatórios encontrada no Superior Tribunal de Justiça, que é de R$ 12.445,59. Em 3,68% dos acórdãos, a fixação da quantia indenizatória deu-se pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. São hipóteses em que as instâncias ordinárias julgaram o pedido improcedente, mas a corte especial entendeu como configurado o dano moral. Com o amparo do princípio da economia processual, realizou-se o arbitramento do valor em grau recursal, com vistas às circunstâncias fáticas provadas, variando aquele entre R$ 1.000,00 e R$ 15.000,00. (ANTUNES, 2020, sp).

Esta é a função desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, estabelecer a uniformização jurisprudencial fixando valores baixos para que a produção e circulação de produtos e serviços não seja prejudicada pelo Poder Judiciário que constrói a padronização e universalização das indenizações permitindo que o capital insira as indenizações em seu horizonte financeiro, ou seja, planeje quanto destinará ao pagamento de indenizações em seus balanços contábeis: Vejamos a tabela a seguir:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

DANO	Condenação na 2ª instância	Condenação no STJ
Negativa de Fornecer Medicamento.	R$ 100 mil	R$ 4,65 mil[1]
Compra de veículo com defeito, resolvido pela garantia.	R$ 15 mil	Não há dano[2]
Inscrição indevida e cadastro de inadimplentes.	R$ 232,5 mil	R$ 10 mil[3]
Morte após cirurgia.	R$ 400 mil	R$ 200 mil[4]
Publicação de notícia inverídica.	R$ 90 mil	R$ 20,75 mil[5]
Acidente rodoviário com resultado morte.	R$ 175 mil	R$ 60 mil[6]
Perda de membros inferiores no Trabalho.	R$ 500 mil	R$ 250 mil[7]

Portanto, retomemos o escrito por Eros Roberto Grau (2003) citado anteriormente especificamente quando o autor pontua que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista. Pois bem, se o Estado brasileiro é capitalista, fez essa opção ao consignar isso em seu texto constitucional, não se pode mais nutrir expectativa de que o Poder Judiciário vá ser uma espécie de baluarte de resistência anticapitalista.

Esperar isso é tão romântico quanto supor, por exemplo, que o constituinte em dado momento do processo legislativo consignasse a autorização constitucional para que fosse feita a revolução quando o estado não garantisse saúde, educação, habitação, trabalho, dignidade, etc. Apesar de romântico ao extremo seria interessante ver isso consignado na constituição.

Analisando o julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em conjunto como os dados trazidos por Júlia Caiuby de Azevedo Antunes no que tange a atuação do Superior Tribunal de Justiça é possível a aquisição de uma visão global do Poder Judiciário brasileiro, apesar de partimos de casos específicos. Porém, isso mostra-nos não só a essência do judiciário, mas do próprio direito.

[1] RECURSO ESPECIAL Nº 801.181 - MA (2005/0198822-2): "Não se justifica e se revela exagerada a indenização equivalente a aproximadamente 200 salários mínimos, a título de dano moral, resultante de recusa do plano de saúde em fornecer medicamento de alto custo, utilizado em momento posterior e ainda oportuno e eficaz pela paciente, em virtude de liminar em medida cautelar".

[2] RECURSO ESPECIAL Nº 750.735 - RJ (2005/0080712-3): "Indevida a indenização por dano moral, por não compreendida a hipótese de defeito em ar condicionado nas situações usualmente admitidas para concessão da verba, que não se confundem com percalços da vida comum".

[3] RECURSO ESPECIAL Nº 1.105.974 - BA (2008/0260489-7): "Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o quantum arbitrado da razoabilidade".

[4] RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.251 - SP (2008/0141463-3): "O Tribunal de origem, após profunda análise do caso, reconheceu o nexo causal e a culpa da empresa Ré, concluindo que '*a morte da vítima poderia ter sido evitada, caso o serviço do nosocômio houvesse sido prestado com maior presteza e rigor*'. A adoção de entendimento diverso esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte. Redução do valor fixado a títulos de danos morais para R$ 200.000 (duzentos mil reais), adequando-se aos parâmetros desta Corte".

[5] RECURSO ESPECIAL Nº 401.358 - PB (2001/0169166-0): "In casu, o Tribunal a quo condenou à empresa ré em R$ 90.000,00 (noventa mil reais) corrigidos, valor que, considerados os critérios utilizados por este STJ, se revela excessivo. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, mormente o grau de ofensa causada à honra do autor, ante as acusações constantes do publicado, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, reduz-se a indenização para o valor de R$ 20.750,00 (vinte mil, setecentos e cinquenta reais)".

[6] RECURSO ESPECIAL Nº 710.879 - MG (2004/0177882-4): "A sentença fixou a título de danos morais o equivalente a quinhentos salários mínimos para cada recorrente; o acórdão reduziu o valor para vinte mil reais para a mãe, vinte mil reais para o pai, e dez mil reais para a irmã. Com base nos precedentes encontrados referentes à hipóteses semelhantes e consideradas as peculiaridades do processo, fixa-se em sessenta mil reais para cada um dos recorrentes, o valor da compensação por danos morais. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido".

[7] RECURSO DE REVISTA Nº TST-RR-377-48.2010.5.08.0106: "Diante disso, o Tribunal Regional arbitrou à compensação por danos moral e estético de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para o montante de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo R$ 200.000,00 (duzentos mil reais – dano moral) e R$ 300.000,00 (trezentos mil reais – dano estético). Então o Tribunal Superior do Trabalho pontuou que, em casos extremos, envolvendo a morte do empregado, ou seja, dano maior, a Corte fixou a compensação por danos morais em valores inferiores, revelando-se elevado e desarrazoado o valor estipulado pelo Tribunal Regional. Logo, sopesando a gravidade do dano, capacidade econômica da empresa, o artigo 5º, V, da Constituição Federal, o TST reduziu a indenização por danos moral e estético para R$ 100.000,00 (cem mil reais) e R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), respectivamente".

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> Todo direito é um golpe. É a forma do engendramento da exploração do capital e da correspondente dominação de seres humanos sobre seres humanos. Tal golpismo jurídico se faz mediante instituições estatais, sustentando-se numa ideologia jurídica que é espelho da própria ideologia capitalista. Sendo o direito sempre golpe, a legalidade é uma moldura para a reprodução do capital e para a miríade de opressões que constituem a sociabilidade. Todo o direito e toda a política se fazem a partir de graus variados de composição entre regra e exceção. (MASCARO, 2020, sp).

Como discordar? Não tem como. Imagine o leitor deste texto o rol de direitos que se conhece, mas que nunca saíram do plano ideal. A população foi alienada ao ponto de acreditar que formalizar direitos é garantia de que efetivamente se gozará de tais direitos. Neste sentido a construção em torno de regra e exceção consegue explicar de modo explícito o golpismo do direito positivo, por exemplo.

Nessa dimensão imaginemos o direito fundamental a seguridade social é regra fundamental porque está na constituição federal, porém, só é possível gozá-lo se isso não comprometer as contas públicas, afinal não queremos o déficit das contas públicas, pois isso compromete não um indivíduo, mas toda a população. Neste sentido o papel do Poder Judiciário é justificar a regra ou a exceção conforme o momento.

> O direito é forma social capitalista. Sua materialidade se funda nas relações entre portadores de mercadorias que se equivalem juridicamente na troca. A forma jurídica é constituinte da sociabilidade capitalista. O mesmo quanto à forma política estatal, terceira necessária em face dos agentes da exploração capitalista. O Estado, mesmo quando governado por agentes e classes não-burguesas, é capitalista pela forma. (MASCARO, 2020, sp).

O Estado é capitalista pela forma. Esta afirmação diz muito, ou quase tudo, para a compreensão da ideia proposta no presente artigo. Estado é composto por povo território e poder. Este último elemento é fatiado em três poderes (in)dependentes e harmônicos entre si, sendo que um deles é o Poder Judiciário e, portanto, ainda que um jovem ideário tente “frear o sistema capitalista” não conseguirá, pois, como dito o Poder Judiciário é capitalista pela forma.

Para contribuir com o entendimento e com a reflexão precisamos um caminho seria o seguinte: mas como pode o Poder Judiciário ser capitalista pela forma? Se existem leis visivelmente benéficas garantindo direitos, procedimentos, etc. enfim, leis repletas de conceitos irrenunciáveis, por exemplo, como o combate a desigualdade, direito de igualdade, direitos de liberdade, direitos sociais. Explica-se:

> A vitória das leis sobre o arbítrio dos homens acompanhou a vitória do capitalismo sobre as formas econômicas que lhe eram anteriores. A liberdade dentro das leis, princípio da legalidade, era irmã da liberdade no mercado, no qual se compra ou se vende a partir da própria vontade. A igualdade formal, que serviu de lema das revoluções liberais, é o espelho de um mundo feito um grande mercado, no qual todos se igualam na condição de compradores e de vendedores, no qual até a exploração deixa de ser um mando direto de um senhor sobre um escravo e passa a ser a igual vontade jurídica de patrão e proletário. A vitória da legalidade é a vitória de um mundo feito grande mercado. Por mais diversos sejam os homens, por mais egoístas seus interesses, todos num passe de mágica são formalmente iguais aos outros, exploradores e explorados, e, perante a imparcialidade da lei, a igualdade e a vontade sem coerção cobrem todos os atos jurídicos com o manto da justiça formal. (MASCARO, 2003, p. 22/23).

Uma das consequências nefastas da legalidade, dentre várias, é que a legalidade restringe, delimita, o espaço para a discussão e consequentemente para a luta do povo. E isso só ocorre porque criados os direitos o povo automaticamente vira os olhos para a lei e se desconecta da realidade concreta que o cerca. Defende o direito de propriedade sem ter propriedade; defende a igualdade porque se acha igual ao patrão, e por aí se pode dar vários exemplos.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Portanto, o Poder Judiciário é o Estado e justamente por isso ele se estrutura no capitalismo em torno da propriedade e necessariamente atuará para garantir o direito fundamental de propriedade, não se pode esperar nada diverso disso. É comum que em muitas faculdades de direito os alunos são ensinados a achar que o Poder Judiciário de fato irá travar a ordem capitalista utilizando a lei, porém, o que se pôde ver é um Poder Judiciário amplamente ciente de seu contexto e de sua função.

4 Regra e exceção: o Judiciário

Conforme formulação anteriormente cidade boa conjugação entre regra e exceção é o cerne do debate em torno da atuação do Direito e consequentemente do Poder Judiciário. O que parece regra é a exceção, pois se vive no estado de exceção permanente.

Dessa forma, compreender o conceito de exceção é assunto caro para a ideia defendida neste trabalho. Logo, uma abordagem da propriedade e como ela fundamenta a sociedade capitalista são necessárias, imprescindíveis, para que se entenda o Direito e o Poder Judiciário.

A palavra propriedade diz respeito a um caráter particular de algo. Por exemplo, a doçura é uma *propriedade* do mel, ou seja, a propriedade que caracteriza o mel é a sua doçura. Importante ainda é refletir sobre se seria possível que ocorresse uma transmissão de propriedade sem que transmissor e o receptor perdessem suas essências?

Isto seria impossível, pois o que é próprio está contido e não será incorporado, ou seja, entendendo que essência é o objetivo de algo ensimesmado, qualquer ato forçando uma transmissão alteraria ambas as essências, do receptor e do transmissor. Isso ocorra porque é o processo chamado de apropriar algo ou alguém de uma propriedade que não é sua, ou de algo que não lhe é próprio.

Se o ato descrito de apropriar algo ou alguém de uma característica externa (que não lhe pertence) altera a essência deste que está recebendo essa característica, o processo reverso de desapropriar também altera a essência daquele de quem se retira/desapropria uma propriedade. Portanto, os atos de apropriar e desapropriar somente são possíveis em um mundo virtual, pois no mundo real as coisas são e não deveriam ser.

Ocorre, que essa propriedade como característica de alguém, por exemplo, não é uma coisa que todos os humanos terão, mas sim apenas uma minoria. Imagine a seguinte característica: voz aguda não é caráter de toda a humanidade, mas de alguns indivíduos. Se pensarmos isso aplicando a propriedade das coisas/bens será possível perceber mais claramente que não existe apartamento em Nova Iorque para toda a humanidade, mas apenas para um selete fração.

Dessa maneira, a propriedade passa a ser elemento diferenciador entre um indivíduo e outro e, justamente por isso é posta no centro deste processo de dominação do proprietário sobre o não proprietário. Daí chega-se a um ponto crucial que é justamente o de que o Poder Judiciário surge para proteger a propriedade que é entendida como a expressão externa da pessoa, no caso, do proprietário.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Logo, pode-se concluir que o Poder Judiciário protege uma exceção que é a propriedade, pois como já analisado a propriedade é elemento extrínseco do ser humano, elemento este que não é alcançado por todos. E essa proteção estatal (Judiciário é Estado) é feita pelo ordenamento jurídico (direito, a lei, costumes, regulamentos), enfim, pelo mundo do dever ser. Portanto, sem a propriedade não haveria necessidade de Poder Judiciário.

Feita essa ponderação é importante uma análise em torno da expressão Estado de exceção, ou seja, lançou-se a ideia de que o Poder Judiciário protege uma exceção que é a propriedade. Daí uma questão central. Se a propriedade é algo escasso como pode algo que surgiu da propriedade ser abundante? É refletir sobre o fato de que o direito é exceção porque surge de uma exceção, qual? A propriedade. Logo, o direito assim como sua fonte (a propriedade) não poderia ser outra coisa que não exceção.

Considerações finais

Ratificamos que o presente texto é fruto de pesquisa em andamento, porém, foi possível e em certa medida necessário, apresentarmos alguns resultados parciais já produzidos no âmbito do projeto de pesquisa "Poder, Estado e Capitalismo: Impactos no Processo de Construção do Direito".

O desenvolvimento do texto permitiu-nos compreender o Poder Judiciário dentro da ordem capitalista em que se encontra inserido, partindo de uma abordagem via análise jurisprudencial da responsabilidade civil para que em outras palavras fosse possível identificar como procede o Poder Judiciário num país capitalista.

Dentre as várias frentes possíveis de abordagem escolhemos a responsabilidade civil porque entendíamos grande a chance de que neste tipo de ação/processo os grandes conglomerados capitalistas (bancos, empresas de telecomunicações, etc.) estivessem presentes como demandados. Essa expectativa se confirmou e pudemos analisar parte da jurisprudência sobre o tema o que devido ao método escolhido (indutivo) e ao contexto econômico capitalista nos permitiu analisar o específico para termos uma noção geral de como funciona o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário ao trabalhar com conceitos de regra e exceção mostrou-se incapaz sob todos os aspectos de qualquer movimento ação tendente a enfrentar o capital com alguma efetividade, pois o direito (responsabilidade civil aqui) é forma capitalista e, portanto, esperar que o Poder Judiciário inserido no sistema capitalista promova qualquer alteração na lógica do acumulo é mera idealização completamente afastada da realidade concreta.

De maneira que se mostra inadequado cobrar uma postura, digamos, contra sistêmica do Poder Judiciário, pois dentro da forma capitalista podemos perceber que independente da boa vontade do juiz a medida que se sobe na hierarquia do judiciário o que prevalece é um raciocínio voltado a proteção do proprietário. E para alterar isso não adianta modular o Poder Judiciário deste ou daquele modo, pois ou se muda o sistema econômico ou nada será alterado, sobretudo pelo Poder Judiciário.

A partir do momento que se compreende isso é possível que a capacidade de análise da realidade concreta do povo seja aperfeiçoada e então deixemos de lado a ilusão de que moldando o Poder Judiciário de

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

modo diverso teremos resultados diferentes dos que já conhecemos. O objetivo não deve ser alterar a estrutura judicial, mas sim a estrutura econômica fundada na lógica do acúmulo.

Referências

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. **Rev. direito GV**, v. 5, n. 1, jan./jun. 2009.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a História**. 5. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. Sergio Cavalieri Filho. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. v. 7. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. v. 3, 18 Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações. v. 2. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Responsabilidade civil. v. 4. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição federal de 1988**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico:** Uma perspectiva crítica. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo. 7ª ed. 25ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus,1981.

PAVÃO, Pedro Paulo R. **Obsolescência Programada de Produtos**. Disponível em: http://www.liraa.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21:obsolescencia-programada-de-produtos&catid=2:artigos&Itemid=13&lang=pt. Acesso em: 21 dez. 2010.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e Golpe**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Todo direito é um golpe**. Disponível em: https://blogdaboitempo.com.br/2016/05/25/alysson-mascaro-todo-direito-e-um-golpe/. Acesso em 28 fev. 2020.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. v. 7. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: Parte geral das obrigações. v. 2. 30ª edição. Saraiva. São Paulo. 2002.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.623.846 - PB (2019/0356817-9)**, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 03/02/2020, Data de Publicação: DJe 05/02/2020).

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 710.879 - MG (2004/0177882-4)**, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 01/06/2006, Data de Publicação: DJe 19/06/2006.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 401.358 - PB (2001/0169166-0)**, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 05/03/2009, Data de Publicação: DJe 16/03/2009.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.105.974 - BA (2008/0260489-7)**, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 23/04/2009, Data de Publicação: DJe 13/05/2009.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.251 - SP (2008/0141463-3)**, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 23/04/2009, Data de Publicação: DJe 15/05/2009.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 801.181 - MA (2005/0198822-2)**, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 05/05/2009, Data de Publicação: DJe 18/05/2009.

STJ - Superior Tribunal de Justiça**. RECURSO ESPECIAL Nº 750.735 - RJ (2005/0080712-3)**, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Data de Julgamento: 04/09/2009, Data de Publicação: DJe 17/08/2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil**,** v. 2**,** 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TJMS – Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL - ORDINÁRIO – Nº. 2009.029433-6/0000-00** – Paranaíba - Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quinta Turma Cível. Julgado em 17 de Jun. de 2010.

TST – Tribunal Superior do Trabalho. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA Nº 1722-09.2012.5.05.0641**, 7ª Turma, Relator Desembargador Convocado Roberto Nobrega de Almeida Filho, DEJT 10/11/2017.

TST – Tribunal Superior do Trabalho. **RECURSO DE REVISTA Nº TST-RR-377-48.2010.5.08.0106**, 4ª Turma, Relator Caputo Bastos, DEJT 19/10/2018.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

A educação, a solidariedade e a fraternidade como garantia de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho dos países do Mercosul

La educación, la solidaridad y la fraternidad como garantía de inclusión de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo de los países del Mercosur

Claudio José Amaral Bahia
Doutor em Direito do Estado (PUC-SP)
Instituição Toledo de Ensino (ITE)
Bauru, São Paulo, Brasil
E-mail: claudio_amaralbahia@hotmail.com

Manuella de Oliveira Soares
Doutora em Sist. Const. de Garantia de Direitos (ITE)
Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS)
Naviraí, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: manuella@uems.br

Resumo: A dignidade humana deve ser encarada como sendo uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano e não apenas um direito específico da existência humana, como o direito à propriedade, à vida, à saúde etc. Assim, a dignidade humana é consequentemente o núcleo efetivo dos direitos; é a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, além de ser considerada o nascedouro da ética que atribui sentido à vida. No caso das pessoas com deficiência, a efetivação da dignidade da pessoa humana está atrelada a diversos fatores, dentre deles o fato da pessoa conseguir se inserir no mercado de trabalho, já que tal circunstância indubitavelmente contribui para a melhora e o desenvolvimento da autoestima e da confiança dessas pessoas. Todavia, percebe-se que apesar de existirem diversas leis que garantem essa inclusão no mercado de trabalho, a efetividade delas é bastante baixa, o que precisa ser otimizado. Nesse viés, o presente artigo, que é parte da tese de doutorado "A Ação Civil Pública como instrumento catalisador da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho nas hipóteses não abrangidas pela Lei de Cotas", apresentada no Centro Universitário de Bauru (2017), pretende apresentar soluções para essa vicissitude, por meio de uma pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, pautada em análise bibliográfica.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Pessoa com deficiência. Inclusão. Mercado de trabalho. Mercosul.

Resumen: La dignidad humana debe verse como una cualidad inherente a todos y cada uno de los seres humanos y no solo como un derecho específico de la existencia humana, como el derecho a la propiedad, la vida, la salud, etc. Por lo tanto, la dignidad humana es, por lo tanto, el núcleo efectivo de los derechos; Es la fuente legalmente positiva de los derechos fundamentales, además de ser considerada la cuna de la ética que da sentido a la vida. En el caso de las personas con discapacidad, la realización de la dignidad de la persona humana está vinculada a varios factores, entre ellos el hecho de que la persona puede ingresar al mercado laboral, ya que tal circunstancia sin duda contribuye a la mejora y el desarrollo de la autoestima y La confianza de estas personas. Sin embargo, está claro que aunque existen varias leyes que garantizan esta inclusión en el mercado laboral, su efectividad es bastante baja, lo que debe optimizarse. En este sesgo, el presente artículo, que forma parte de la tesis doctoral "Acción civil pública como catalizador para la inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral en casos no cubiertos por la Ley de Cuotas", presentado en el Centro Universitario de Bauru (2017), tiene la intención de presentar soluciones para esta vicisitud, a través de una investigación cualitativa, de naturaleza exploratoria, basada en el análisis bibliográfico.

Palabras clave: Dignidad de la persona humana. Persona con discapacidad. La inclusión. Mercado de trabajo. Mercosur.

Data de recebimento: 31/03/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

A preocupação com a proteção e a inclusão das pessoas com deficiência, e a concretização dos seus direitos fundamentais, se apresenta como questão inesgotável de discussão em todo o mundo, não sendo diferente nos países que formam o Mercosul. Foi sob essa ótica que há algum tempo resolveu-se dedicar um pouco mais de espaço e de atenção à problemática envolvendo os direitos atinentes a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, uma vez que indubitavelmente o trabalho contribui para a melhora e o desenvolvimento da autoestima e da confiança de todos.

Nessa senda, é necessário que as empresas reconheçam a necessidade da inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, oferecendo-lhes mais oportunidade para que possam conquistar seu espaço, a fim de que a empregabilidade seja garantida e mantida, contribuindo para o progresso social democrático.

No tocante aos países que fazem parte do Mercosul, é importante ressaltar que a dificuldade de inclusão não repousa na inexistência de normatização específica, já que há legislação inclusiva em todos eles, as quais fazem previsão do ingresso da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. A dificuldade está assentada na falta de vontade política e no desinteresse da classe empresária em efetivar essa inclusão.

Dentro dessa perspectiva, é que o presente trabalho, resultado de parte da pesquisa realizada para a tese de doutorado “A Ação Civil Pública como instrumento catalisador da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho nas hipóteses não abrangidas pela Lei de Cotas”, apresentada no Centro Universitário de Bauru (2017), pretende apresentar soluções para a efetivação do direito de inclusão das pessoas com deficiência dos países do Mercosul no mercado de trabalho, por meio de uma pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, pautada em análise bibliográfica.

1 Pessoa com deficiência, direitos humanos e direito do trabalho

Os direitos das pessoas com deficiência estão atrelados com a evolução da conquista dos direitos humanos, tendo em vista que à medida que o direito à igualdade de oportunidade, a justiça distributiva e a própria dignidade da pessoa humana passaram a ser objeto de estudo, os direitos das pessoas com deficiência também evoluíram.

Gradativamente houve uma mudança com relação à inclusão das pessoas com deficiência com enfoque na solidariedade e no acolhimento, que até pouco tempo eram estigmatizadas e à margem dos grupos sociais. O progresso e a valorização da pessoa humana, como um lado da dignidade humana, traduzem-se na efetividade do direito ao trabalho, uma vez que este acaba por incluir a pessoa na sociedade, deflagrando sentimento de igualdade.

Assim, o trabalho é um valor muito importante às pessoas com deficiência, já que possibilita a independência financeira e, por consequência, a autonomia. Araujo (2017) ao tratar do tema, ensina que “a proteção, em nosso caso, das pessoas portadoras de deficiência, nada mais é do que uma forma de proteger a cidadania e a dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais”.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

O reconhecimento da vulnerabilidade dessas pessoas é inegável. Os limites de autodeterminação e liberdade pessoal são ponderados em vista à proteção da dignidade e integridade do deficiente. A pessoa com deficiência passa a ter uma dignidade efetiva quando elidida a exposição ao preconceito, já que adota novos comportamentos, fazendo com que a sociedade passe a respeitá-la mais.

Além disso, é incontroverso que as pessoas com deficiência que trabalham têm sentimentos de alegria, felicidade e bem-estar, tanto no aspecto social como no profissional, já que o bem-estar no trabalho relaciona-se ao sentimento da valorização humana depositada na relação jurídico-laboral que reduz o estigma social de incapacidade de tais pessoas (CARVALHO, 2007).

Nesse sentido, leciona Sassaki (1997) que o trabalho indubitavelmente contribui para a melhora e o desenvolvimento da autoestima e da confiança das pessoas com deficiência. Seu papel é o de proporcionar aprendizagem, crescimento, transformação de conceitos e atitudes, aprimoramento e remuneração. É necessário, portanto, que as empresas reconheçam a necessidade da inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, oferecendo-lhes oportunidade para que possam conquistar seu espaço no mercado, a fim de que a empregabilidade seja mantida, contribuindo para o progresso social democrático.

Destarte, a inclusão social pelo trabalho das pessoas com deficiência, além de garantir o direito à igualdade e à não discriminação, garante ainda a felicidade pessoal que, segundo Santo Tomás de Aquino, é o fim almejado de toda a sociedade (ROSTELATO, 2009).

> [...] filósofos de todos os tempos colocaram a felicidade como a aspiração dominante do ser humano, que a procura cada qual a sua maneira. A felicidade, sendo a grande referencia à vida, é, nesse sentido, a motivação maior ao trabalho, direcionando passos, caminhos, relacionamentos e metas. O homem-pensamento, o homem-emoção e o homem-ação ganham integridade no ser feliz [...] (MATOS, 1997, p. 7).

Dessa maneira, é incumbência do Estado promover a inclusão das pessoas com deficiência, a fim de torná-las e mantê-las felizes, como prova de assegurar-lhes a dignidade humana. Nesse contexto, Rulli Neto defende que:

> [...] a formação da ideia de Estado moderno agrega a felicidade como um dos objetivos a serem alcançados, dentro da afirmação da dignidade eminente da pessoa humana e na liberdade consistente na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal (RULLI NETO, 2002, p. 65).

Portanto, é possível afirmar que a dignidade humana está intimamente relacionada ao anseio da felicidade como ser humano no exercício de suas funções. A felicidade deve ser encarada como um objetivo atingível, uma finalidade (ALARCÓN, 2004). Desse modo, tem-se que a dignidade humana não é propriamente uma criação constitucional de cada país, mas é um valor supremo a todas as constituições. Na expressão escorreita de Barroso (2019), a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente “o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade”.

Nestes termos, garantir a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é assegurar efetivamente a dignidade dessas pessoas. A inclusão deve consolidar uma mudança de paradigma, em que as

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

pessoas com deficiência vão parar de serem vistas como ‘objetos’ de caridade, tratamento médico e proteção social; mas passarão a ser vistas e tratadas como ‘sujeitos de direitos’, iguais a quaisquer outros indivíduos.

A sociedade deve ser inclusiva e, como tal, deve tratar a pessoa com deficiência como um cidadão hábil, valorizando suas qualidades profissionais. Desse modo, para a inserção dessas pessoas na sociedade, há a necessidade de a sociedade buscar conhecimento e informação a respeito das limitações e da capacidade delas. Há necessidade da sociedade eliminar todo tipo de barreira que impede a efetiva inclusão, em especial as sociais, como defende Neri:

> [...] alguns dos principiais problemas das pessoas com deficiência têm origem na sociedade, ou seja, decorrem de barreiras sociais e não barreiras funcionais decorrentes da sua limitação, por exemplo: uma pessoa paraplégica estaria impedida de frequentar as aulas em uma escola onde não existe rampa e nem pessoas aptas a ajudá-la com transporte no trajeto casa-escola-casa. A partir da remoção dessas barreiras sociais (criações de condições arquitetônicas, de transporte e um pouco de solidariedade ou apoio familiar) essa pessoa passaria a exercer atividades escolares normais, ou seja, mediante algumas acomodações, a pessoa portadora de deficiência sairia da categoria de desvantagens em relação às demais (NERI, 2003, p. 3).

Toda a sociedade deve importar-se com a efetivação da inclusão. Deve haver vontade política para a construção de uma prática social menos preconceituosa e discriminante, fundando-se em um processo de construção de consenso de valores, políticas e princípios, proveniente de uma reflexão coletiva sobre o que realmente traduz a deficiência.

Somente aceitar as diferenças não é suficiente. Há necessidade de agir, de fazer com que os considerados ‘diferentes’ sejam incluídos na sociedade, sejam tratados de maneira igual. Mia Couto (2011) fala muito bem a respeito das diferenças, demonstrando o quão importante é aceitá-las e lutar pela efetiva inclusão. O autor defende que há necessidade de se colocar no lugar do outro, para entender e apoiar os ‘diferentes’, embora o escritor português admita que tal processo não seja fácil:

> Difícil é sermos os outros. Nem que seja por um instante, nem que seja de visita. (...) Dizemos que somos tolerantes com as diferenças. Mas ser-se tolerante é ainda insuficiente. É preciso aceitar que a maior parte das diferenças foi inventada e que o Outro (o outro sexo, a outra raça, a outra etnia) existe sempre dentro de nós (COUTO, 2011, p. 135).

A verdade é que o ser humano se faz humano quando não se diferencia. A ideia de que a pessoa se faz pessoa a partir de padrões sociais convencionados é repugnante. A própria existência humana deve evidenciar a inclusão, abarcando todos os membros da sociedade, fomentando uma convivência harmônica amparada na diversidade, considerando o valor humano como primordial. Habermas (2004), contextualizando a questão da inclusão de minorias vulneráveis, disserta que:

> O mesmo respeito para todos e cada um não se estende àqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao “nós” flexível numa comunidade que reside a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela ideia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados - e de cada marginalizado em particular - , em uma relação de deficiência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. Inclusão não significa aqui confinamento dentro do próprio e fechamento diante do alheio. Antes, a “inclusão do outro” significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos - também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro - e querem continuar sendo estranhos (HABERMANS, 2004, p. 7-8).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Portanto, a diversidade implica que as particularidades de cada um mereçam total e irrestrito respeito na convivência social, de modo que seja observado a todos o pleno desfrute do direito à vida social. Diante de tal importância é que a edificação dos direitos humanos é uma preocupação mundial. Dentro do anseio de efetivação e respeito a esses direitos, encontra-se a proteção às pessoas com deficiência. Há uma luta globalizada contra a discriminação e a favor da inclusão dessas pessoas em todos os setores da sociedade.

Além disso, há uma preocupação muito grande de garantir às pessoas com deficiência o direito fundamental ao trabalho. Aliás, antes de abordar a questão da inclusão das pessoas com deficiência como forma de garantir a dignidade humana delas e seu direito fundamental ao trabalho, é importante tecer algumas considerações. Nesse sentido:

> O direito ao trabalho é uma garantia de todos os indivíduos onde se compreende o direito à própria subsistência e o exercício da dignidade humana. As pessoas portadoras de deficiência também têm esse direito, este trabalho pode-se desenvolver em ambientes protegidos ou comuns e abertos a outros indivíduos. Para isso é preciso ter condições de transporte, tendo em vista que os portadores de deficiência tenham maior dificuldade de locomoção. A dignidade da pessoa humana e a integração social não serão plenamente atingidas se existir privação de direito ao trabalho e ao transporte adequados de acordo com as necessidades especiais (LUNARDI, 2003, p. 478).

Tecidas essas observações, cabe tratar a inclusão no contexto internacional das pessoas com deficiência não só na sociedade, de maneira geral, mas especialmente no mercado de trabalho. Após a Segunda Guerra Mundial, por conta das atrocidades realizadas pelos nazistas justificadas pela suposta supremacia da raça ariana, a preocupação com as minorias aumentou.

O problema passou a ser encarado também sob a óptica humanitária, e não apenas do aspecto político. Nesse cenário é que a atenção às pessoas com deficiência aumentou, até porque, após duas grandes guerras mundiais, o número de pessoas com deficiência de locomoção, audição, visão, etc, cresceu sobremaneira. Muitos foram os diplomas legais que surgiram nessa época com a finalidade de efetivação da dignidade da pessoa humana, extermínio das formas de discriminação e garantia de inclusão das minorias.

2 Os tratados internacionais a respeito das pessoas com deficiência

O primeiro grande documento internacional que veda qualquer tipo de discriminação é a Carta das Nações Unidas, promulgada em 26 de junho de 1945. Como já abordado, após o fim da Segunda Guerra Mundial, entre os líderes mundiais criou-se um sentimento de união entre as nações para que fossem prevenidas novas guerras, no intuito de que a paz mundial fosse garantida em conjunto com os direitos humanos e o progresso social. Nesse cenário foi criada a ONU, por intermédio da Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 24 de outubro de 1945.

Pouco mais tarde, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Resolução nº 217, por 48 votos a zero. Esse diploma não possui nenhum valor em relação a sua obrigatoriedade pelos Estados, apenas valor moral (LIMA, 2006). Todavia, por sua importância,

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

deve ser encarada como uma fonte de máxima hierarquia no mundo do direito, pois consagra princípios fundamentais que devem nortear toda a civilização contemporânea (SUSSEKIND, 2000).

Essa Declaração é de suma importância para o presente estudo porque, embora não faça referência expressa alguma às pessoas com deficiência, consigna em seu art. 1º que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo que o inciso XXIII do mesmo artigo assegura o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Assim como garante que todos têm direito a um emprego, o art. 7º proíbe qualquer tipo de discriminação, proclamando a igualdade entre os homens. Esse documento tem característica universal, garantindo a todas as pessoas os direitos fundamentais. Embora somente essa Declaração fosse capaz de proteger e garantir a dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos, a ONU, em 1947, começou a aprovar vários outros documentos com uma tendência de proteger alguns grupos específicos que exigiam uma atenção particular, com normas mais pormenorizadas.

No âmbito da ONU, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, atualmente existem oito convenções internacionais reputadas como essenciais, por sua ampla e constante aplicabilidade, que compõem o cerne do sistema jurídico-normativo internacional dos direitos fundamentais do ser humano. São elas: 1) O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 2) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; 3) A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; 4) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a mulher; 5) a Convenção contra Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes; 6) A Convenção sobre os Direitos da Criança; 7) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas famílias e 8) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (LARAIA, 2009).

Como nesse estudo o enfoque é a pessoa com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho, de todas as convenções, inicialmente a mais importante é a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pela ONU em 1975. Insta mencionar que antes a ONU promulgou, em 1971, declaração específica sobre os direitos do deficiente mental, assegurando a esse grupo o direito de gozar dos mesmos direitos assegurados às pessoas que não possuíam deficiência intelectual, a fim de que pudesse desenvolver ao máximo suas aptidões e possibilidades.

Tal Declaração não tratou especificamente em artigo algum o trabalho do deficiente mental, mas garantiu o direito a exercerem uma atividade produtiva ou alguma ocupação útil[1]. A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 9 de dezembro de 1975, foi muito mais abrangente, chegando a conceituar pessoa deficiente como “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, sem suas capacidades físicas ou mentais” (art. 1º).

[1] Art. 3º da Declaração de Direitos do Deficiente Mental, de 20 de dezembro de 1971: O deficiente mental tem direito à segurança econômica e a um nível de vida condigno. Tem direito, na medida de suas possibilidades, a exercer uma atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Essa declaração acabou por garantir, em treze artigos, a dignidade humana das pessoas com deficiência, assegurando-lhes os mesmos direitos fundamentais que as pessoas não deficientes possuem, a fim de que pudessem desfrutar uma vida decente, normal e plena quanto possível.

Além desses documentos de caráter geral e de grande abrangência no cenário mundial, há outros que são aplicados apenas em determinadas regiões. Por exemplo, o sistema interamericano conta com vários instrumentos de proteção, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a Carta Internacional de Garantias Sociais, a Carta de Organização dos Estados Americanos, a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala), a Declaração Sociolaboral do Mercosul, entre outras (LARAIA, 2009).

Também é possível falar da Declaração de Washington de 1999, da Declaração de Madrid de 2002 e da Declaração de Sapporo de 2003, denotando, assim, a conscientização na sociedade internacional da importância da inclusão desse grupo (MAZZUOLI, 2019).

Dentre esses documentos, destacam-se alguns: a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, de 1948, aduz que o trabalho igual sempre deve corresponder a igual remuneração, independentemente de sexo, raça, credo ou nacionalidade do trabalhador (art. 2º).

No mesmo sentido, recriminando todo e qualquer tipo de discriminação, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, tem como princípio básico a não discriminação, estabelecendo a igualdade como base em todos os seus sentidos.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul, sancionada em 1998, também consagra a não discriminação como princípio, garantindo a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidade no emprego e ocupação.

O Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso à obras públicas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso de 2013 também teve uma grande influência na proteção das pessoas com deficiência.

Esse Tratado foi celebrado por iniciativa do Brasil, Paraguai, Equador, Argentina e México, conhecido como o “Tratado do Livro Acessível”, em vigor desde 30 de setembro de 2016, nos termos do seu artigo 18.

É um tratado internacional emblemático no âmbito do regime multilateral da propriedade intelectual, por ser o primeiro tratado até então concluído que limita os direitos de propriedade intelectual de autores e editores, excepcionando o regime geral dos direitos dos autorais (regime de *copyright*) em prol da facilitação do acesso à leitura de obras impressas às pessoas cegas ou com deficiência visual.

No campo específico do trabalho, plano internacional, desde a sua fundação, em 1919, a OIT também editou normas que representam aspectos de dignidade do trabalhador e, portanto, se relacionam com direitos humanos. A proteção ao trabalhador, tratada como direitos humanos, esteve presente em outras esferas mundiais e no interior dos Estados.

Fixar direitos humanos no trabalho significa para a OIT harmonizar e explicitar os limites do trabalho decente no mundo. Os direitos dos trabalhadores da OIT, de 1919 até a Declaração da Filadélfia, de 1944,

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

revelam preocupações no sentido de que as normas internacionais do trabalho se tornassem direitos subjetivos, no interior dos Estados-membros.

Em um segundo momento, a partir de 1944, quando adotada a Declaração de Filadélfia e incentivadas políticas sociais sejam amplas, percebe-se uma inclinação pelos direitos humanos como princípios, sem que o aspecto de direitos subjetivos seja dispensado.

Quando a OIT deflagra a guerra contra a necessidade, em 1976, propondo o conceito de necessidades básicas, vem à tona a formulação da OIT da concepção de direitos humanos como necessidades. E, ao final, a concepção de direitos humanos como princípio, que sempre esteve presente na ação da OIT, é adotada nas suas declarações e mais enfaticamente redimensionada na Declaração da OIT, relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 18 de junho de 1998 (BARZOTTO, 2007).

Percebe-se, portanto, que desde o início do século passado, há uma grande preocupação mundial de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, o que inclui a inserção no mercado de trabalho, e a proteção do trabalhador, sob o olhar da dignidade da pessoa humana.

3 A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho nos países do Mercosul

Como já abordado anteriormente, há uma grande preocupação mundial em relação à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o que não podia ser diferente nos países que fazem parte do Mercosul, tanto que foi assinado a Declaração Sociolaboral do Mercosul, sancionada em 1998, consagrando a não discriminação como princípio, garantindo a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidade no emprego e ocupação, que foi a base de tudo.

Como já abordado, em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, que entraram em vigor em 3 de maio de 2008. A Convenção foi fruto de trabalho e debate desde dezembro de 2001, quando o México propôs à Assembleia Geral que fosse estabelecido um comitê especial encarregado de preparar uma convenção internacional que protegesse e promovesse os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência.

Antes disso, porém, os países da América Latina demonstraram um compromisso com os direitos das pessoas com deficiência, aprovando uma convenção própria sete anos antes que a ONU aprovasse a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação em relação às pessoas com deficiência foi assinada em 7 de junho de 1999, na Cidade da Guatemala, entrando em vigor em 14 de setembro de 2001. Com a aprovação dessa convenção, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos converteu-se no primeiro do mundo em adotar um tratado internacional dedicado especificamente aos direitos das pessoas com deficiência.

Nos países do Mercosul há uma preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência e todos eles mantêm um sistema de cotas. Na Argentina, há um regime de cotas obrigatórias para inclusão das pessoas

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

com deficiência, tanto para o Estado e seus organismos descentralizados ou autárquicos como para os entes públicos não estatais e os órgãos públicos da Cidade de Buenos Aires, que estão obrigados a preencher suas vagas com 4% de pessoas com deficiência.

Já no sistema privado, não há legislação especifica de cotas alguma, sendo garantido apenas às pessoas com deficiência os mesmos direitos e obrigações dos demais trabalhadores. Todavia, as oficinas protegidas[2] e as empresas que contratem pessoas portadoras de deficiência de grupos de trabalho protegidos[3] têm como incentivo a redução de 50% no valor das contribuições sociais a cargo dos empregadores, no que se refere a essas contratações (LOPES, 2005).

Aqueles que prestam serviço dentro das oficinas protegidas ou pertençam ao grupo de trabalho protegido, com perda igual ou superior a 33% da capacidade laboral, estão sujeitos a relação de trabalho especial, pela qual, em regra, o contrato de trabalho deve ser feito por prazo indeterminado, por escrito, aceitando-se, excepcionalmente que seja por prazo determinado (LOPES, 2005).

O Paraguai além de ter assinado a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação em Relação às Pessoas com Deficiência, prevê em sua Constituição, no art. 88, que não será admitido qualquer tipo de descriminação entre os trabalhadores por motivos étnicos, de sexo, religião, condição social e preferências políticas ou sindicais.

Além disso, preleciona que o trabalho das pessoas com limitações ou incapacidades físicas ou mentais será especialmente amparado. Há também a Lei nº 2.479/2004, que prevê a obrigatoriedade de que 5% dos cargos nos serviços públicos sejam ocupados por pessoas com deficiência. Todavia, na esfera privada, não há lei de cotas alguma para ingresso de deficientes no mercado de trabalho (FRETES, *et al,* 2004).

No Paraguai, embora haja algumas previsões constitucionais a respeito das pessoas com deficiência e parca legislação infraconstitucional, ainda não há leis suficientes que assegurem a implantação de medidas de acessibilidade integral dos deficientes tanto à educação como ao mercado de trabalho.

Em dezembro de 1996, foi apresentada a primeira proposta de projeto de lei para a criação da Secretaria Nacional de Deficiência, formulada pelas organizações de pessoas com deficiência, cujo projeto chegou ao plenário da Câmara dos Deputados, mas foi arquivado. Em outubro de 2010, foi apresentada uma nova proposta, também na Câmara dos Deputados, que pretendia ampliar a legislação sobre os direitos das pessoas com deficiência. O projeto de lei original foi apresentado na Câmara e aprovado com algumas modificações.

O *Código Laboral del Paraguay,* Lei nº 213/93, em seu art. 16, traz que é obrigação do Estado oferecer educação profissional e técnica aos trabalhadores, ao mesmo tempo que indica que a política econômica deve ser adequada para que se consiga manter um equilíbrio justo de oferta e demanda de mão de obra, dar emprego

[2] São as empresas cuja estrutura é similar àquela adotada pelas demais empresas, resguardada a peculiaridade de que essas entidades participam regularmente das operações de mercado, mas têm a finalidade de assegurar um emprego remunerado e a prestação de serviço de adaptação laboral e social aos trabalhadores que necessitam.

[3] São aqueles que padeçam de uma alteração funcional permanente prolongada, física ou mental que em relação a sua idade e meio social implique em desvantagem considerável para sua integração social, familiar, educacional ou laboral (Lei nº 22.431/81).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

apropriado aos desempregados, aos deficientes físicos e psíquicos, idosos e veteranos de guerra. Na mesma Lei, o art. 229 trata da não discriminação salarial.

Além disso, o Paraguai também tem o projeto *Empleo Joven*, que apoia os jovens com deficiência, executado por meio de uma aliança de várias organizações civis que conhecem e trabalham no setor, sob a responsabilidade do Instituto de Proteção às Pessoas Excepcionais (*Instituto de Protección a Personas Excepcionales* - Inpro) e do Serviço Nacional de Promoção Profissional (ESCOBAR, 2010).

Todavia, na prática, as pessoas com deficiência no Paraguai também têm dificuldade de serem incluídas no mercado de trabalho, como ensinam Fretes *et al.*:

> *No obstante la igualdad de contratación prevista tanto en la Constitución Nacional y el Código del Trabajo, en este terreno las personas en discapacidad se encuentran totalmente en política, y por ende del marco legal adecuado que proteja, estimule y desarrolle el trabajo de las personas en discapacidad, las deja fuera del mercado laboral. Las principales barreras son la falta de formación y capacitación de la personas en discapacidad, la falta de adecuación y adaptación de los puestos de trabajo, la inaccesibilidad de los medios de transporte y la falta de régimen legal reglamentario* (FRETES et al., 2004, p. 171).

Ainda sobre o problema de emprego das pessoas com deficiência, Fretes *et al*. defendem:

> *De acuerdo a la disposición del artículo 78, inciso c y el artículo 79 del Código del Trabajo vigente, la discapacidad física o mental sobreviniente del trabajador es causal de terminación del contrato de trabajo, sin alguna del empleador, en lo cual el trabajador discapacitado y su familia quedan marginados en una situación de mayor necesidad. Existen algunas organizaciones que realizan acciones para ubicar a sus miembros en puestos públicos y privados. Sin embargo, estas acciones son aisladas e insuficientes, por lo que el índice de participación de las personas en discapacidad en el mercado de trabajo es prácticamente inexistente* (FRETES *et al.,* 2004, p. 171).

Portanto, é possível perceber que embora haja regulamentação em relação à inclusão dos deficientes no mercado de trabalho do Paraguai, tais direitos não conseguem garantir a integração social das pessoas com deficiência na sociedade.

No Uruguai, a Lei nº 16.095 estabelece, em seu art. 42, que 4% dos cargos vagos na esfera pública deverão ser preenchidos por pessoas com deficiência e, no art. 43, exige, para a concessão de bens ou serviços públicos a particulares, que estes contratem pessoas com deficiência, embora não haja porcentual algum estabelecido (MTE, 2007).

Por fim, no Brasil, há a Lei das Cotas tanto no setor público, como no privado. No setor público é assegurado à pessoa com deficiência o direito de inscrever-se em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo e emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador, sendo reservado no mínimo o percentual de 5% em face da classificação obtida, concorrendo em todas as vagas.

Os editais dos concursos devem informar o número de vagas existentes e o número de vagas destinadas às pessoas com deficiência, as atribuições e as tarefas essenciais dos cargos, a previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato, e a exigência de apresentação, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e graus ou nível de deficiência.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

No setor privado há a obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência nas empresas com mais de cem empregados, na proporção de 2 a 5% do número de postos de trabalhos existentes, sob pena de multa. Desse modo, percebe-se que a preocupação em efetivar os direitos das pessoas com deficiência no mercado de trabalho nos países do Mercosul é grande. Todavia, o que se constata na prática é que a efetivação desse Direito ainda está longe de ser concretizada.

4 A inclusão efetiva das pessoas com deficiência no mercado de trabalho nos países do Mercosul

Não há dúvida de que o direito ao trabalho das pessoas com deficiência evoluiu muito e atualmente há muito mais pessoas incluídas no mercado que anteriormente. Todavia, ainda há muito que se prosperar. Se for feita uma análise do número efetivo de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, percebe-se que ainda é muito pequeno. Inúmeros são os fatores que impedem essa inclusão. As justificativas mais comuns apresentadas pelos empregadores são a baixa escolaridade das pessoas com deficiência e a falta de capacitação.

Na realidade, não é a falta de escolaridade que impede a contratação, mas outras barreiras, como o preconceito por parte do empregador, a falta de acessibilidade urbana, a falta de conhecimento a respeito das deficiências, entre outras. Diante desse cenário, não há dúvidas de que o problema da falta de vagas para inclusão de pessoas com deficiência no Mercosul deve ser resolvido o mais rápido possível.

O melhor caminho seria a eliminação, de modo geral, do preconceito pelos empregadores, a fim de que estes não oferecessem resistência em contratar pessoas com deficiência. Mas, infelizmente, essa realidade nesses países está longe de ser alcançada.

O ideal seria que a população se conscientizasse da necessidade premente de uma transformação paradigmática, afastando essa condição sócio histórica de marginalização e ressaltando a importância das políticas públicas para garantir essa inclusão. A melhor solução para o problema seria investir na educação da população, uma vez que somente por meio dela haverá construção de conhecimento para que se alcancem novos desafios para a presente e futuras gerações, provocando uma consciência efetiva nos empregadores, com a consequente diminuição do preconceito em relação a esses trabalhadores, resultando certamente no aumento de contratações de pessoas com deficiência.

A educação é o elo transformador entre as ações afirmativas do Estado e a mudança que se almeja na sociedade em relação à inclusão desses trabalhadores, fortalecendo os vínculos sociais para efetivação de direitos (NOGUEIRA; SOARES, 2015). Somente com a educação fortalecida é que se poderá efetivar a solidariedade e a igualdade entre os trabalhadores com e sem deficiência, libertando os deficientes da exclusão social. Há a necessidade de uma transformação social e da aceitação do outro; há a necessidade do reconhecimento ético do outro como igual (DUSSEL, 2000).

As pessoas devem se colocar no lugar de qualquer um, agir com solidariedade, independentemente da minoria que se quer defender. Há a necessidade de a sociedade tratar o trabalhador com deficiência com

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

solidariedade, mas não a solidariedade como conceito antigo, próxima a um conceito de raiz religiosa, mas como conceito moderno. Nesse sentido, há a lição de Lucas:

> *La solidaridad de los modernos parte de la constatación de la diferencia, de la pluralidad, que no niega el vínculo social, sino que lo reformula (pluralidad social en lugar de uniformidad, homogeneidad), pero también de la desigualdad que obliga a pasar de la igualdad formal como equiparación a la igualdad formal como diferenciación y exige tratar desigualmente a los desiguales, para abocar a la igualdad material. De ahí arrancaría el mandato de esta otra solidaridad como principio jurídico* (LUCAS, 2006, p. 159).

Nesses termos, a solidariedade moderna significa *"*assumir os interesses do outro como seus próprios interesses" (LUCAS, 2006), assumindo os interesses do grupo, atuando positivamente para a eficácia dos direitos, na medida em que se trata de uma responsabilidade de todos e de cada um.

Além do princípio da solidariedade, pode-se falar ainda no direito fraternal que, embora ainda não esteja consolidado como paradigma ou teoria, é uma forma de nova abordagem de análise do direito atual, a qual propõe uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão universal.

De acordo com Horita, solidariedade não é sinônimo de fraternidade:

> (...) fraternidade é o mesmo que investigar uma "igualdade de dignidade entre as pessoas, independente do modelo de organização em que vivem". Por outro lado, solidariedade implica em "uma comunhão de interesses, atitudes ou sentimentos por parte dos membros de um grupo, com o propósito de autodefesa ou resistir às investidas ou forças de agentes". Assim, há que se mencionar que a solidariedade distingue da fraternidade no quesito da possibilidade de admitir o fator desigualdade, permitindo que alguns indivíduos possuam mais direitos que outros (HORITA, 2013, p. 27).

A fraternidade deve ser vista como uma nova possibilidade de integração, como a igualdade de dignidade entre os seres humanos (RESTA, 2004), como a solução da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. O direito fraterno vem consolidar a liberdade e igualdade, direitos que embora inscritos em nossa Constituição, muitas vezes são esquecidos, já que em regra o que se dá é a exclusão e não o acesso.

Falar em direito fraterno é falar em dignidade da pessoa humana, porque o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado e garantidor da vida, é a garantia de um direito mais digno. Assim, a ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade (POZZOLI, 2001).

Assim, preocupar-se com a efetivação da dignidade humana nada mais é que falar de um direito fraterno. A ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade. A fraternidade deve ser encarada como uma necessidade para uma melhor convivência em sociedade. A Declaração Universal dos Direito Humanos é a prova da concretização do princípio da fraternidade. Sobre isso, Pozzoli ensina:

> A referida declaração, objeto de um estudo mais específico no item seguinte, consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direito iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão (POZZOLI, 2001, p. 110).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Portanto, com base nesse princípio é que se pode exigir uma alteração legislativa com o objetivo de se efetivar a igualdade entre trabalhadores com e sem deficiência. É a garantia da igualdade real entre todas as pessoas que compõe a sociedade. A fraternidade deve ser encarada como uma oportunidade social, onde se garantirá reciprocidade na humanidade, direcionando o Direito para algo mais justo e digno.

Outra maneira de garantir a inclusão é a criação de leis e ações afirmativas para aceleração do processo. Esse foi o modo escolhido pelos países do Mercosul, quando foram publicadas as Leis de Cotas. Porém, apenas a Lei de Cotas no setor privado não vem sendo suficiente para garantir a inclusão desses empregados. Portanto, diante desse quadro crítico, percebe-se que, embora as Leis de Cotas tenham sido um avanço na efetivação da inclusão e da garantia de direitos fundamentais, ainda estão longe de atingir o objetivo pretendido. Há a necessidade de mudanças sérias e urgentes para chegar aos resultados ideais. A educação, solidariedade e fraternidade são ferramentas que podem ser a solução definitiva do problema da inclusão desse grupo de trabalhadores.

Considerações finais

A presente questão deve ser indiscutivelmente analisada sob a ótica das proteções e das garantias constitucionais vigentes, considerando-se que a pessoa com deficiência possui o indelével direito de participar da vida social e comunitária, sendo que uma das formas é o exercício de atividade laborativa de maneira digna e condizente a dignidade humana, existindo, por conseguinte, a obrigação estatal de prover todas as condições necessárias pertinentes a sua peculiar condição, sob pena de, em assim não agindo, estar-se tornando ainda mais gravosa a condenação anteriormente impingida, o que, sem sombra de dúvidas, estaria a violar também o princípio da igualdade.

Isso porque, o objeto de proteção perseguido pelos legisladores foi, e ainda é, o tratamento idêntico de todos pela legislação, de tal modo que a manutenção do descumprimento e da inobservância estatal em relação as condições especiais apresentadas pela pessoa com deficiência estarão a continuar perniciosa e odiosa atividade discriminatória e excludente não contemplada por nenhum dos ordenamentos do Mercosul.

Uma das grandes preocupações em relação a necessidade de efetivação da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, da concretização do princípio da igualdade no seio social diz respeito às minorias e aos grupos vulneráveis, os quais, seja em razão de apresentarem comportamento diferenciado daquele normalmente experimentado por uma determinada comunidade, seja em razão de não ostentarem as mesmas características físicas e psíquicas verificadas na maioria dos indivíduos, sofrem os mais diversos tipos de discriminação e de e de exclusão, sendo, inclusive, expungidas injustamente do convívio social e do mercado de trabalho.

Nesse quadro, inegavelmente estão inseridas as pessoas com deficiência que diante de suas características peculiares estão a merecer precípua atenção protetiva e observadora das entidades estatais, a fim de que, realmente, seja concretizado o já mencionado princípio da igualdade. Por isso há necessidade de se falar em educação, solidariedade e fraternidade na efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, já que apenas as Leis não estão sendo suficientes para garanti-lo.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

A educação provoca uma consciência efetiva nos empregadores, com a consequente diminuição do preconceito em relação a esses trabalhadores, podendo se afirmar que é o elo transformador entre as ações afirmativas do Estado e a mudança que se almeja na sociedade em relação à inclusão desses trabalhadores, fortalecendo os vínculos sociais para efetivação de direitos. A solidariedade também é importante porque a empatia transforma o mundo. As pessoas devem se colocar no lugar de qualquer um, assumir os interesses do outro como seus próprios interesses.

Por fim, a fraternidade também é uma forma de abordagem de análise do direito atual, a qual propõe uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão universal, devendo ser vista como uma nova possibilidade de integração, como a igualdade de dignidade entre os seres humanos.

Falar em direito fraterno é falar em dignidade da pessoa humana, porque o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado e garantidor da vida, é a garantia de um direito mais digno. Assim, a ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade. Somente pensando assim é que poderemos garantir a efetiva inclusão dos trabalhadores com deficiência no mercado de trabalho de todos os países que compõe o Mercosul.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Patrimonio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. Brasília: Corde, 2017.

BARROSSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores. Atividade Normativa da OIT e os limites do Direito Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARVALHO, Karina Mendes. Os desafios da inclusão da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho. In: GUGEL, M. A.; COSTA FILHO, W. M.; RIBEIRO, L. L. G. (Orgs.). **Deficiência no Brasil**: Uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

COUTO, Mia. **E se Obama fosse africano?** São Paulo: Cia das Letras, 2011.

DUSSEL, Henrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

ESCOBAR, Gabriel. **Personas com discapacidad, VII informe sobre derechos humanos**. Madrid: Trama editorial, 2010.

FRETES, Julio; PACHECO, Claudia.; ZACUR, A.; CODAS, Marta. **Derechos humanos: utopía para las personas con discapacidad en Paraguai**. CODEHUPY: Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay Editorial/Editor, 2004.

HABERMANS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HORITA, Fernando Henrique Silva. A fraternidade em debate: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Thesis Juris**, v. 2, n. 1, p 15-31, jan./jun. 2013.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. **A pessoa com deficiência e o direito do Trabalho**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.** São Paulo: LTR, 2006.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara. **A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho**: a efetividade das leis brasileiras. São Paulo: LTr, 2005.

LUCAS, Javier. Solidaridad y derechos humanos. In: TAMAYO, J. J. (Org.). **10 palabras clave sobre derechos humanos**. Navarra: Verbo Divino, 2006.

LUNARDI, Soraya Regina Gaspareto. As incompatibilidades e incoerências da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e da lei de reserva de mercado para pessoas portadoras de deficiência. In. Luiz Alberto David Araujo (Coord.), **Direito da pessoa portadora de deficiência**: uma tarefa a ser completada. Bauru: EDITE, 2003.

MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF- quociente de felicidade**: ciclo de felicidade no Trabalho. São Paulo: Makron Books, 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "*Curso de Direitos Humanos."* 6 ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. 2ª. ed. Brasília, DF: SIT, 2007.

NERI, Marcelo. **Retratos da deficiência no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

NOGUEIRA, André Murilo parente; SOARES, Manuella de Oliveira. Justificação democrática do princípio à duração razoável do processo, p. 308-328. **Sistema Constitucional de Garantia de Direitos I** / Vladimir Brega Filho; Flademir Jerônimo Belinati Martins & Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior,organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito 2001**. São Paulo: Loyola, 2001.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Trad. Sandra Regina M. Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de Deficiência e Prestação Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2009.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002.

SASSAKI, Romeu Kazuma*, et al*. **Educação profissional e colocação no trabalho**: uma nova proposta de trabalho junto à pessoa portadora de deficiência. Brasília: Federação Nacional das Apaes, 1997.

SUSSEKIND, A. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed, São Paulo: LTr, 2000.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
UFGD Universidade Federal da Grande Dourados
CAPES
ISSN 2177-7837

A necessidade de reforma do pacto federativo brasileiro: uma análise da PEC 188/2019 que extingue municípios

The need for reform of the brazilian federative pact: an analysis of PEC 188/2019 that extinguishes municipalities

Daniela Arguilar Camargo
Doutoranda em Direito (UNISC)
Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)
Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil
E-mail: danielacamargo68@gmail.com

Ricardo Hermany
Doutor em Direito (UNISINOS)
Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)
Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil
E-mail: hermanyricardo@unisc.br

Resumo: O debate sobre a conceituação e significado do federalismo remonta ao final do século XVIII. As circunstâncias peculiares que cercaram a mudança de confederação para federação nos Estados Unidos da América nos anos 1781 a 1789 moldaram a natureza do debate intelectual, de modo que se obteve uma das maiores inovações históricas para o governo e a política. Essa forma de estado possui dois modos de manifestação: o competitivo – típico estadunidense; e cooperativo – típico alemão. No Brasil o modelo adotado na Constituição de 1988 foi o cooperativo, contudo devido a centralização da arrecadação financeira por parte da União e a descentralização de competências para os governos locais, a estrutura federal tornou-se predatória. Com o intuito de frear esse modelo, o governo federal enviou ao Congresso Nacional a PEC 188/2019. Por meio da utilização do método dedutivo e hermenêutico busca-se responder a problemática de pesquisa: a PEC 188/2019 que dentre outras propostas, extingue pequenos municípios, causa uma reformulação do federalismo brasileiro deixando-o mais cooperativo ou acarreta uma estagnação evidenciando um federalismo predatório? A estrutura parte da análise da forma do estado federa, para posteriormente observar a manifestação do modelo cooperativo e ao final verificar a PEC 188/2019 quanto a extinção de pequenos municípios.

Palavras-chave: Federalismo. Cooperativo. Municípios. PEC 188/2019.

Abstract: The debate on the conceptualization and meaning of federalism goes back to the late eighteenth century. The peculiar circumstances surrounding the move from confederation to federation in the United States in the years 1781 to 1789 shaped the nature of the intellectual debate, so that one of the greatest historical innovations for government and politics was achieved. This form of state has two modes of manifestation: the competitive - typical American; and cooperative - typical German. In Brazil, the model adopted in the 1988 Constitution was the cooperative, but due to the centralization of financial collection by the Union and the decentralization of competences to local governments, the federal structure became predatory. In order to curb this model, the federal government sent PEC 188/2019 to the National Congress. Through the use of the deductive and hermeneutic method, we seek to answer the research problem: PEC 188/2019 that, among other proposals, extinguishes small municipalities, causes a reformulation of Brazilian federalism, making it more cooperative or entails stagnation, exacerbating even more so, evidencing a predatory federalism? The structure starts from the analysis of the shape of the federa state, to later observe the manifestation of the cooperative model and at the end to verify PEC 188/2019 for the extinction of small municipalities.

Keywords: Federalism. Cooperative. Municipalities. PEC 188/2019.

Data de recebimento: 16/03/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

O estudo do federalismo interpretado a partir de seu sentido mais amplo, possui diversas dificuldades que refletem na teoria e na prática. O termo federal possui uma visão empírica e teórica, onde não há uma teoria do federalismo de pleno direito. Na melhor das hipóteses tem-se uma teoria baseada em uma análise conceitual, objetivando a precisão terminológica – na pior delas há um empirismo enraizado na falha em desenvolver conceitos e definir os termos principais.

O federalismo trabalha simultaneamente com as questões morais fundamentais, como a diversidade social e identidades individuais coletivas; a base moral deriva de certas virtudes inerentes como o reconhecimento mútuo que leva a uma forma particular de associação, a saber o estado federal. E imorais de fato que sugere que tais qualidades não existem no federalismo. Outra razão por ele ser tão problemático para o estudo, é a sua natureza multifacetada, ou seja, ele é constitucional, político, social, econômico, cultural, filosófico e ideológico. Compreender ele completamente é quase impossível.

A forma de estado federal pode manifestar-se como competitiva, modelo que pode ser observado nos Estados Unidos da América ou cooperativa, tipo do federalismo Alemão. No Brasil a forma adotada pelo constituinte originário, e ao que indica os diversos dispositivos constitucionais, é o tipo cooperativo – contudo há uma centralização de recursos e descentralização de competências, o que torna o federalismo brasileiro predatório, com guerras fiscais entre entes, ineficiência de políticas públicas e impossibilidade orçamentária.

Para tentar frear esse modelo predatório o Governo Federal brasileiro enviou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional 188/2019, que dentre vários dispositivos a serem alterados, um deles busca a extinção de pequenos municípios de 5 mil habitantes ou que não tenham sustentabilidade financeira. Essa sustentabilidade é medida com base na arrecadação própria municipal, hoje composta por três impostos. Contudo, não se pode apenas analisar a receita local somente com a arrecadação própria, pois os municípios recebem as transferências constitucionais – consagradas na carta magna – que também passam a compor a receita.

O estudo tem como finalidade analisar a PEC 188/2019 quando trata da extinção de pequenos municípios, trazendo à baila um estudo técnico elaborado pela Confederação Nacional de Municípios, demonstrando que tal proposta acarreta uma estagnação do federalismo brasileiro em seu status atual, ou seja, predatório. Desse modo tem-se a seguinte problemática de pesquisa: a PEC 188/2019 que dentre outras propostas, extingue pequenos municípios, causa uma reformulação do federalismo brasileiro deixando-o mais cooperativo ou acarreta uma estagnação evidenciando um federalismo predatório?

Para responder a problemática de pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois parte-se de uma premissa geral para a particular, analisando-se a estrutura de um estado federal para posteriormente focalizar nos municípios brasileiros e a importância de a estrutura ser cooperada. E de procedimento hermenêutico, onde por meio da interpretação chega-se a uma conclusão. A estrutura parte da análise da forma do estado federa, para posteriormente observar a manifestação do modelo cooperativo e ao final verificar a PEC 188/2019 quanto a extinção de pequenos municípios.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

1 A forma de estado federal: aspectos introdutórios

A maior parte dos estudos sobre as federações existentes reconhecem três tipos de manifestações, o modelo de Westminster, o Republicano-Presidencial e uma mistura híbrida dos dois tipos. O primeiro tem base parlamentarista podendo ser observado no Canadá, Austrália e Índia, enquanto o segundo dispõe de um modo republicano presidencial, analisado nos Estados Unidos da América. Os exemplos híbridos que combinam os vários elementos dos sistemas anteriores são vistos na Alemanha, Áustria e Suíça. As comparações são boas quanto as estruturas internas, contudo deve-se considerar que eles mudariam se fosse adotada outra perspectiva, como a distribuição de poderes nas federações. (BURGESS, 2006).

O design das federações expressa-se no que Daniel Elazar denominou de *self-rule plus shared rule* ou seja, basicamente auto administração somado a norma compartilhada, por meio da distribuição de poderes entre os entes federados para os objetivos comuns, coma finalidade da manutenção da autonomia local e preservação das condições de identidade e interesse específicos. Deve-se analisar que a divisão entre os poderes e competências podem ser organizadas em bases territoriais e não territoriais. Nos sistemas federais há ao menos duas ordens de governo, a primeira relacionada a sua existência, sendo firmada em uma constituição; e a segunda estaria vinculada a alocação da distribuição de poderes que variam de acordo com as circunstâncias específicas de cada federação. (ELAZAR, 1987).

Os dois termos “auto administração” e “norma compartilhada” são dois conceitos utilizados para descrever e classificar sistemas políticos federais. Existe um consenso entre os autores de que auto administração significa autonomia, analisando-se até que ponto os entes subnacionais estariam livres para decidir, financiar e implementar as suas políticas. O auto governo pode assumir diversas formas, como tomar decisões políticas que se desviam dos padrões de nível superior; a capacidade de aumentar receita por meio de impostos, ou não e assim alimentar a “guerra fiscal”; a liberdade de aceitar ou recusar financiamento federal para determinados projetos; capacidade de implementar regras nacionais conforme cada especificidade local. (ELAZAR, 1987)

Dentre essas formas a decisões sempre se relacionam com os interesses do local. A norma compartilhada, por outro lado, refere-se a três manifestações diferentes, dependendo de quem se entende por componente que vai “compartilhar com”, pois só podemos compartilhar com outro sujeito, definido pela norma. Em um primeiro momento, define-se como a extensão em que os entes subnacionais podem participar das decisões que dizem respeito a comunidade. Um exemplo é a segunda câmara alemã conhecida como Bundesrat, onde cada um dos dezesseis estados possui representatividade, podendo vetar formalmente as decisões nacionais, se considerarem que seus interesses não estão sendo levados em consideração. (ELAZAR, 1987)

O segundo entendimento sobre a norma compartilhada diz respeito a cooperação horizontal entre as unidades, excluindo-se o governo federal. Como exemplo, na Suíça existem cerca de oitocentos tratados entre os vinte e seis cantões. Estes compartilham o seu domínio ao cooperar e promover instituições comuns, embora não envolvam a União. Os sinônimos da norma compartilhada, entendidos a partir da cooperação horizontal,

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

podem ser a regionalização – quando a cooperação se limita a penas um número de unidades, e harmonização – se envolver todas as unidades. (ELAZAR, 1987)

A última compreensão sobre a norma compartilhada é a dos poderes e competências do governo central. Isso decorre do entendimento de que quando as regiões se reúnem em uma união federal, elas delegam poderes a nova unidade e mantem outros em sua jurisdição exclusiva. Aqui ela equivale a centralização, onde o poder é compartilhado na norma de um novo "outro", ou seja, um novo governo supra regional amplamente além do alcance das regiões. (ELAZAR, 1987)

O estudo mais abrangente sobre os dois conceitos foi desenvolvido por Liesbet Hooghe, Gary Marks, Arian Schakel. Segundo os autores, as vantagens dessa conceituação são que, ao levar em consideração as regras formais definidas constitucionalmente, ela fornece uma imagem confiável e transparente da autoridade regional. Contudo a principal desvantagem é que os mecanismos informais de influência regional (por exemplo aqueles exercidos por partidos políticos) permanecem no escuro. (HOOGHE *et. al*. 2015).

Quadro 1 - Critérios da Auto Administração

Auto administração	**A autoridade exercida por um governo regional sobre aqueles que vivem na região, de 0 a 18, que é a soma das cinco dimensões a seguir:**
Profundidade institucional	Até que ponto um governo regional é autônomo e não desconcentrado (de 0 = nenhuma administração de propósito geral funcionando em nível regional a 3 = administração não desconcentrada de propósito geral, não sujeita ao veto do governo central)
Escopo da política	O leque de políticas pelas quais um governo regional é responsável (de 0 = competência autoritária muito fraca em a) política econômica; b) política cultural-educacional; c) política de bem-estar; e d) um dos seguintes: poderes residuais, polícia, organização institucional própria, governo local para 4 = competências autorizadas em d) e pelo menos duas de a), b) ou c) mais autoridade sobre imigração ou cidadania)
Autonomia fiscal	Até que ponto um governo regional pode tributar independentemente sua população (de 0 = o governo central define a base e a taxa de todos os impostos regionais a 4 = o governo regional define a base e a taxa de pelo menos um imposto principal)
Financiamento	Até que ponto um governo regional pode tomar emprestado (de 0 = o governo regional não empresta para 3 = o governo regional pode emprestar sem restrições impostas centralmente)
Representação	Até que ponto uma região possui um legislador e executivo independentes (de 0 = nenhuma assembleia regional e executivo regional nomeado pelo governo central para 4 = assembleia regional eleita diretamente e executivo regional eleito ou eleito popularmente)
Regra compartilhada	**A autoridade exercida por um governo regional ou por seus representantes no país como um todo, de 0 a 12, que é a soma das cinco dimensões a seguir**
Legislação	Até que ponto os representantes regionais co-determinam a legislação nacional (de 0 = nenhuma representação regional a 2 = representação regional com direitos de veto sobre as leis nacionais que afetam sua região)
Controle executivo	Até que ponto um governo regional co-determina a política nacional em reuniões intergovernamentais (de 0 = nenhuma reunião bi- ou multilateral de rotina entre governos centrais e regionais para discutir políticas nacionais a 2 = reuniões bi- e multilaterais de rotina com autoridade obrigatória)
Controle fiscal	Até que ponto os representantes regionais co-determinam a distribuição das receitas tributárias nacionais (de 0 = nenhuma consulta regional a 2 = consultas com poderes de veto)
Controle de empréstimos	Até que ponto um governo regional determina restrições subnacionais e nacionais de empréstimos (de 0 a 2, equivalente ao Controle Fiscal)
Reforma constitucional	Até que ponto os representantes regionais determinam mudanças constitucionais (de 0 = o governo central ou eleitorado nacional pode reformar unilateralmente a constituição para 4 = um ou vários governos regionais ou seus representantes podem vetar mudanças constitucionais)

Fonte: Mueller (2017).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Os dois conceitos buscam a essência do sistema federal, sua extensão e natureza da distribuição vertical. São encontrados três sistemas: países unitários onde as regiões não possuem o auto governo e norma compartilhada (como exemplo, Luxemburgo ou Islândia); sistemas com auto governo e baixa norma compartilhada (Itália, Canadá ou México) e federações com os dois conceitos bem definidos (Alemanha, Espanha, EUA e Suíça). São necessárias comparações entre países para tais determinações. Por exemplo em uma observação com base no quadro no Brasil teríamos, assim como na Alemanha, altos índices de auto governo e norma compartilhada.

Por conseguinte, essas considerações sobre a estrutura das federações levantam diversas questões importantes. Deve-se chamar atenção para a questão do design das federações. A real complexidade pode ser apreciada mais amplamente se reconhecermos ao menos duas considerações, primeiro a origem e formação de cada federação, e em segundo a relação entre o complexo de instituições e seus parceiros sociais. Richard Siemeon e Daniel-Patrick Conway analisaram as condições que tornam esse sistema bem sucedido, concluindo que o desenho institucional importava, mas não garantia o sucesso ou fracasso de uma federação – elas precisam ser reforçadas por normas institucionais, processuais e societais. Michael Burguess (2006), após analisar, aponta para quatro pré-condições:

> *1 A coexistence between local–regional community sub-state identities, values and loyalties and significant elements of shared, overarching identities and values in the federation at large. 2 These dual values, identities and loyalties must be reflected in the central institutions of the federation so that different forms of representation facilitate the expression of different interests on different policy matters. 3 Additional to the central institutional framework, a series of consociational techniques and procedures related to decision-making and the overarching accommodation of elite interests must be introduced. 4. Attention should be paid to the changing character of the social diversities that express political salience in order to adapt and adjust both to the new, as well as to a reawakening of the old, identities, values and loyalties[1]. (BURGESS, p. 139, 2006).*

Tem-se entendido que a essência do federalismo reside não na estrutura institucional ou constitucional, mas sim na própria sociedade. Essa perspectiva é a base sociológica do federalismo, e está enraizada em diversos momentos nacionalistas, diversidades linguísticas, identidades territoriais, diferenças religiosas, povos indígenas. Desse modo, a variedade de divisões sociais distribuídas territorialmente em uma federação, pensa-se em até que ponto a distribuição é crucial para a estabilidade da ordem constitucional e política.

A noção de território vem sendo utilizada como dependente ou variável na análise feita pelas ciências sociais, considerando a federação. Contudo o território é um termo composto que incorpora diversos elementos socioeconômicos e culturais dentro de uma organização espacial. Desse modo, não é correto interpretar a territorialidade como algo semelhante a um contêiner vazio que se destaca por si mesmo. A identidade territorial não pode ser interpretada isoladamente de outras divisões sociais, ela é parte da federação, a parte da concepção mais ampla e que hoje está inerente as discussões sobre federalismo. A territorialidade interage como diversas variáveis sociais para produzir complexas formas de identidade política. (KING, 1982)

[1] 1 Coexistência entre identidades e valores de sub-estados da comunidade local e regional da comunidade e lealdades e elementos significativos de identidades compartilhadas e abrangentes valores na federação em geral. 2 Esses valores, identidades e lealdades duplas devem refletir-se no instituições da federação para que diferentes formas de representação facilitem a expressão de diferentes interesses em diferentes questões políticas. 3 Além da estrutura institucional central, uma série de técnicas e procedimentos consociais relacionados à tomada de decisões e à deve ser introduzida uma acomodação abrangente dos interesses da elite. 4 Deve-se prestar atenção à mudança de caráter das diversidades sociais que expressam saliência política, a fim de adaptar e ajustar ambos ao novo, bem como ao despertar do antigo, identidades, valores e lealdades.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Em sequência, a abordagem da economia política para a compreensão dos estados federais, baseia-se na relação entre a estrutura das leis nacionais, das economias regionais e locais, e o sistema político em que operam. É notório que as federações estão calcadas nos princípios da diversidade e diferença que engendram a dispersão territorial do poder de várias maneiras, é importante examinar como a constituição federal e o processo político relacionam-se com a natureza, distribuição do poder e de recursos econômicos em um Estado. (KING, 1982).

Os vínculos existentes entre economia política e as agendas de reforma constitucional nas federações dificilmente poderia ser mais explícito que na Alemanha. Os processos de integração da União Europeia e a unificação alemã ocorrida em 1990, tiveram como intensão também o de pressionar o estado federal a reavaliar as suas estruturas internas, valores socioeconômicos, interesses e políticas públicas. Tal agenda possuía diversas propostas que envolviam a racionalização de unidades da federação, uma nova fórmula para as relações federais. (KING, 1982)

Contudo um com um duplo movimento de unificação e interação mais estreita somado a reforma constitucional e crescente tensão sobre o papel da federação, a unificação coloca novos encargos econômicos na base fiscal da Alemanha, reimplementando o regime de equalização fiscal (redistribuição). Assim, as tensões que ocorriam entre a Alemanha norte-sul foram diminuídas pela divisão de custos econômicos, servindo para acelerar os padrões de desenvolvimento econômico. A Alemanha tem concentrado diversos esforços desde então para absorver todos os membros da federação, trazendo a todas condições de vida uniformes (agora equivalentes), consagrados no artigo 72 da Lei Fundamental. (BURGUESS, 2006).

Uma das conclusões que se pode ter até o presente momento é que ao investigar como se formam e se perpetuam as federações, os princípios básicos não podem ser reduzidos a um mero cálculo. As funções econômicas básicas de governo compreendem a alocação de recursos, estabilização e redistribuição, mas um funcionamento eficiente eficaz e equitativo não pode ser explicado somente a partir desses termos.

Uma explicação sobre a função e o papel do federalismo também exige que devemos levar em consideração as dimensões constitucionais e políticas dos sistemas federais. Estes devem ainda incluir as premissas constitucionais estabelecidas em toda e qualquer federação, como por exemplo, a natureza do sistema político, o papel dos órgãos federais e constituintes dos sistemas partidários e a durabilidade dos valores federais. Por fim, há diversos modelos de classificação de uma federação. Pode-se considerar o Estado Alemão como um forte federalismo enraizado, contudo do tipo cooperativo, pois os EUA também possuem essa tradição federalista, contido de modelo competitivo. Quanto ao Brasil, pode-se dizer que este se encontra em nenhuma dessas formatações, possuindo uma estrutura de federalismo predatório, como poderá ser analisado no capítulo seguinte.

2 Federalismo alemão: contribuições do modelo cooperativo para o Brasil

O federalismo pode ter diversas formas institucionais e legais dependendo da vontade e dos interesses políticos que predominam em determinado período de cada País. Um dos modelos federalistas oposto ao apresentado é o cooperativo que tem como principal marco a inter-relação entre as instâncias central e local, trazendo a repartição vertical de atribuições constitucionais, priorizando os mecanismos de cooperação e

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

aproximação entre os entes federados. Um dos maiores exemplos dessa forma, conforme mencionado, é a Alemanha, principalmente a partir do pós-guerra, a partir da Constituição de Bonn em 1949.

O segundo modelo é o competitivo que se caracteriza pela atuação dos governos estaduais dentro de seu território, em que cada ente tem o dever de respeitar a sua competência. Nesse modelo, ocorre uma divisão do poder entre a União e estados, onde pode ocorrer momentos de concorrência e competividade entre estados, quando não há uma tarefa expressamente disposta na legislação federal (REVERBEL, 2012). Desse modo, esse modelo reconhece o poder individual dos estados e a autonomia dos municípios.

O modo de consecução do federalismo competitivo gera várias críticas e questionamentos, e entre elas está o aumento das desigualdades entre regiões, pois com o viés descentralizador de competências característico do federalismo, ocasionará uma diversidade de políticas públicas, podendo elas não atenderem toda a população do país de forma igualitária. Conforme compreende Cock (2010, p. 205) a estrutura federal possui três formulações, que envolvem a autonomia, custos com bens e serviços e outra com atividades produtivas.

A primeira aponta que a autonomia dos governos locais é essencial para a promoção do bem-estar para os munícipes, pois as preferencias deles se satisfazem ainda mais perante a um sistema que tenha vários níveis de governo. Quanto ao segundo, referente aos custos com bens e serviços, estes devem ser iguais para todos os cidadãos. E em terceiro, deve existir a possibilidade de atividades produtivas por parte dos contribuintes. (COCK, 2010).

Observa-se que tal estrutura tem elementos que são positivos e negativos, sendo que ambos afirmam todas as esferas governamentais estão vinculadas a um processo altamente competitivo. Qualquer que seja o processo competitivo ele é enquadrado por meio de um conjunto de regras que vão direcionar as interações entre os participantes.

Na Alemanha a estrutura está vinculada ao modelo cooperativo, que por anos provocou a concessão para a União de subsídios de manutenção e cooperação entre os níveis políticos, econômicos e sociais. (SCHMIDT). A forma competitiva que se manifesta por meio de uma rivalidade entre a centralidade do poder versus descentralização vem a ser substituída pela cooperação entre os entes federados, onde tem-se como objetivo a correção ou atenuação das desigualdades em nível nacional. (REVERBEL, 2012).

Assim como os mecanismos de redistribuição possuem a sua importância quando a centralidade assume a distribuição do poder político pelo território. O modelo cooperativo tem como primazia o bem-estar da coletividade, em que se apoia na interação entre união, estados e governos locais. (AFFONSO, 2003). O federalismo cooperativo inicia na Alemanha após a reorganização do estado ao final da Segunda Guerra Mundial, onde surge a nova *Grundgesetz* de Bonn em 1949.

O debate ocorrido antes de sua consagração foi amplo, entre as principais discussões está a representação dos estados na câmara legislativa nacional. (BEYME, 1993). A história alemã, desde período do Império que perpassa por um processo lento de aglutinação das várias unidades políticas, e que em 1814 chega aos 39 estados evolui chegando hoje a ter 16 *Länder*. Toda essa estrutura demonstra um federalismo que tem

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

base associativa e de acordo com Reverbel (2012), o federalismo da República de Bonn tem a sua ordem nas bases do princípio social.

Os municípios são equipados com competências e responsabilidades financeiras; e Estados e municípios devem receber novas diretrizes para que possam fazer uma política responsável. Isso tudo significa que a autonomia desses níveis políticos controlados de forma independente deve elevar o desempenho de suas funções, conforme Schick (2004). Aqueles que eram favoráveis a uma reforma fundamental do federalismo com a necessidade também de reforçar os direitos de participação política dos cidadãos, demonstravam que os pontos fortes do federalismo devem voltar à tona, ou seja, com oferecimento de formas possíveis de promover as preferencias regionais, criando melhores condições para um Estado baseado na comunidade com apoio aos interesses dos cidadãos locais (BENZ, 2003).

O federalismo alemão pode ser entendido como uma prática realizada entre os membros da federação com o objetivo de auxiliar no cumprimento de competências, por meio do diálogo entre si. (BENZ, 2008). O modelo possui finalidade destacada, e sua ideia primordial não é a de um pluralismo vinculado politicamente, mas a busca pela eficiência das ações governamentais que devem aumentar os processos de negociação. (KROPP, 2010).

Com a crise ocorrida em 1966 reforçou-se a coordenação de políticas econômicas e financeiras entre os entes. A finalidade era a de modernizar a Alemanha por meio da expansão do Estado de bem-estar e para que isso acontecesse, foram necessárias mudanças. Uma das principais foi a distribuição de receitas, pois naquele momento o governo central possuía toda a receita, distribuindo de modo gradual. Por consequência, aumentou-se a cooperação entre os entes, aplicando-se como um instrumento de qualidade do federalismo. A cooperação começa a significar muito amis que a inter entre os entes, e sim uma rede compartilhada de tomada de decisão formando-se a integração política[2].

Com essa modificação, lançaram-se tarefas conjuntas e a cooperação as instituições do Estado pode ser denominada e considerada como uma sobreposição de competências e de padrões de coordenação e consulta de poderes. Essa forma conhecida como integração política (*Politikverflechtung*), trata-se de uma forma tanto horizontal como vertical dos níveis organizacionais de tomada de decisão na Alemanha.

Em 2006 ocorreu uma nova reforma e a discussão sobre as alternativas para o *Politikverflechtung* levou vários defensores do federalismo competitivo a buscarem resultados de maior vinculação com as responsabilidades e receitas de recursos, contudo essa ideia não obteve sucesso. Os cidadãos têm demonstrado dificuldade no entendimento da divisão de responsabilidades entre os níveis, sendo que a maioria deles defende a divisão da federação em estados membros, com poder de forma semelhante ao que acontece

[2] A integração política se estende não só para a política de controle (controle entre entes federados). Ele também causa o financiamento das funções do Estado, onde o objetivo da reforma Federal da Grande Coligação 1966-1969 foi um financiamento comunitário de federal e estadual para serviços governamentais importantes. A questão da integração política sofre críticas até hoje, pois após esse período, os déficits democráticos surgem como um resultado do deslocamento da legislação dos parlamentos dos estados, no conselho federal, devendo ser removido para que se tenha uma maior independência do País, melhorando a transparência das decisões políticas a nível federal. A concessão de uma maior autonomia permitiria que o País competisse com outros, na busca por melhores soluções, e essa tarefa de separação como uma alternativa para a integração política, deve fortalecer as possibilidades democráticas do federalismo, sua força e seus cidadãos, de acordo com Kropp (2010).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

nos Estados Unidos. Kropp (2010, p. 12) compreende que a cooperação também pode acontecer em um terceiro nível - entre Países.

> *Mitunter gilt, kooperativer Föderalismus, auch als Oberbegriff, unter dem man die Politikverflechtung als eine besondere Spielart der föderalen Zusammenarbeit subsumiert, teilweise unterscheiden Darstellungen schon definitorisch zwischen kooperativem Föderalismus und Politikverflechtung. Ersterer wäre demzufolge durch kooperationsformen gekennzeichnet, die auf frundsätzlich freiwilliger Basis vorgenommen werden, die also den Austritt von Handlungsträgern aus der Kooperation, und ein eigenständiges Handeln der Gebietskörperschaften erlauben. Politikverflechtung hingegen ruht auf einem Zwangsverhaldlungssystem, sie ist verfassungsrechtlich und durch institutionell verfestigte Normen vorgeschtieben. Die Akteure besitzen Vetormacht, so dass ein anhaltender Dissens zwischen den Partnern eine Blokade nach sich zieht*[3]*.*

Tal mudança foi implementada em duas etapas: primeiramente no ano de 2006, e em segundo no ano de 2009. Em 2020 as relações financeiras entre os governos irão ser discutidas novamente, assim como o equilíbrio financeiro do País, por meio do já assinado Pacto de Solidariedade II. Salienta-se que o primeiro pacto vigorou até 2004 e por meio dele estados e comunidades receberam 94,5 bilhões de euros, referente a compensação financeira do lado ocidental e o governo federal (KROPP, 2010).

O novo pacto está dividido momentos – o primeiro aponta que o governo federal irá disponibilizar recursos financeiros com o objetivo de reduzir lacunas na infraestrutura e na compensação da situação financeira dos municípios. Em segundo, comprometeu-se que até 2019 irá reconstruir o Oriente, por meio do desenvolvimento econômico, urbano e inovação, investimento em habitação, transportes e eliminação de danos ecológicos. Mostra-se que o Estado alemão irá reforçar o federalismo cooperativo por meio da repartição de competências, assegurando que essas tenham viabilidade financeira, para que sejam efetivadas como pode ser observado por meio dos pactos e reformas apresentas.

3 Análise da PEC 188/2019 que extingue municípios

A PEC 188/2019 denominada como PEC do Pacto Federativo foi proposta pelo Governo Federal no início do mês de novembro, apresentando um conjunto de novas regras constitucionais nas mais diversas áreas - a proposta já foi entregue ao Congresso Nacional e ao Senado Federal.

Dentre os destaques de alterações da PEC 188/2019 está a extinção de pequenos municípios. Por meio do artigo 115 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a inclusão desse dispositivo prevê que aqueles governos locais de até cinco mil habitantes que não comprovarem sua sustentabilidade financeira, serão incorporados em municípios limítrofes. A sustentabilidade é comprovada por meio do produto da arrecadação de impostos do artigo 156 e que deve corresponder ao mínimo de 10% da sua receita.

[3] Tradução livre: Às vezes, o federalismo cooperativo, também conhecido como um termo genérico, segundo o qual a integração política é subsumida como uma forma especial de cooperação federal, é de certa forma uma distinção entre o federalismo cooperativo e a integração política. O primeiro seria, portanto, caracterizado por formas de cooperação que se realizam voluntariamente de forma voluntária, permitindo a retirada dos atores da cooperação e da ação independente das autoridades locais. Por outro lado, a interdependência política recai sobre um sistema de dissuasão compulsória, é constitucional e pressuposto por normas consolidadas institucionalmente. Os atores têm poder de veto, de modo que a persistente dissidência entre os parceiros cria um bloqueio.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

A PEC 188/2019 não acerta quando realiza a avaliação da sustentabilidade fiscal de determinado Município por meio do peso de sua arrecadação própria – ou seja, de uma parte de sua receita que é obtida por meio de três impostos, desconsiderando a necessidade deles para com as transferências da União e dos Estados, que antes de mais nada é o produto da arrecadação das competências tributárias estabelecidas pela Constituição Federal, de acordo com a Confederação Nacional de Municípios (2019).

Aos municípios é apenas concedido integralmente o direito de tributar imóveis urbanos e serviços, ocasionando uma necessidade das transferências intergovernamentais ainda maior se analisados os governos locais rurais, como é o caso da maioria que possuem baixa capacidade de arrecadação, independentemente do nível de eficiência dos chefes de Executivo. O governo federal ainda comete um equívoco quando envia a proposta ao Congresso sem levar em consideração os efetivos que essa extinção irá produzir sobre a repartição de receitas. A Confederação Nacional de Municípios elaborou um estudo técnico sobre esse impacto, e exemplifica que a emenda prevê que aqueles com menos de 5 mil habitantes e receita menor de 10% sejam incorporados ao município limítrofe de maior índice de sustentabilidade fiscal, mas estes podem apenas incorporar três municípios.

Algumas cidades seriam candidatas para incorporar até dez municípios, violando esse limitador acima disposto. Questões mais graves que as inconsistências formais podem surgir, e exigem uma mudança nas regras estabelecidas na PEC 188/2019, pois poderá também produzir uma perda significativa na arrecadação para os 1.820 municípios envolvidos, de acordo com a Confederação Nacional de Municípios (2019). Ainda conforme a confederação, perderão receita não somente os municípios extintos, mas 702 cidades incorporadoras, pois a perda da arrecadação ocorre porque o mecanismo de partilha do FPM – Fundo de Participação Municipal – é constituído com base em coeficientes por faixa populacional.

Desse modo, municípios com até 10.188 habitantes possuem um coeficiente de 0,6, e aqueles que com até 13.584 o coeficiente é 0,8. Se dois municípios com até 5 mil habitantes se fundirem eles irão reduzir seus coeficientes pela metade, pois atualmente cada um possui 0,6 e após os dois terão 0,6.

A Proposta de Emenda Constitucional 188/2018 contraria o ideal de federalismo cooperativo, soberania popular e equilíbrio na repartição de recursos, eixos propostos pela Constituição Federal de 1988. A forma federativa é considerada cláusula pétrea na Constituição Federal, inscrita no artigo 60, parágrafo 4º, inciso I. Sendo ela disposta, também, no artigo 1º, onde afirma que o Brasil é formado pela união indissolúvel dos Estados, municípios e distrito federal. A PEC 188/2019 traz diversas alterações no conteúdo da Carta Magna, dentre elas, a previsão de extinção de pequenos municípios, com até cinco mil habitantes, para aqueles que não demonstrem sustentabilidade financeira. O Título I da Constituição elenca os fundamentos e objetivos do País, quais sejam: a soberania, dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Ainda, prevê a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e marginalização bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais como objetivos inafastáveis.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

A federação está entre os limites materiais[4] da Constituição, não podendo ser objeto de alteração pelo constituinte derivado. Pode-se observar que o texto constitucional reforça a ideia de Estado Federal, com entes autônomos visando o desenvolvimento entre si. Com a Constituição de 1988 os entes tiveram as suas competências ampliadas, caracterizadas pela capacidade de legislar, de auto-organização, autoadministração e autogoverno. Portanto, uma emenda que venha a retirar parcela dessas capacidades indica a tendência a abolir a essência da forma federal, não podendo então ser matéria de reforma constitucional – como intenta a PEC 188/2019 – quando propõe a extinção de municípios, retirando de vários deles as capacidades elencadas acima.

Nota-se que, quando é concedida autonomia político-administrativa aos entes, de acordo com o artigo 18 da Constituição, qualquer reforma – como o dispositivo da PEC 188/2019 que propõe a extinção de municípios – que tenha como objetivo desequilibrar essa relação, conferindo mais poder para a União, significa também uma afronta ao Estado Democrático de Direito, sendo que nele a federação está estribada, de acordo com artigo primeiro, caput, do referido ordenamento.

Uma análise dos princípios constitucionais pode auxiliar na compreensão do problema. Estes são fundamentos que orientam o Estado, definem a sua forma, estrutura, regime político, entre outros. Dentre deles destacam-se: os fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1.º, I, II, III, IV, V); o povo como fonte de poder; a soberania (artigo 1.º, parágrafo único); os objetivos fundamentais da República Federativa (artigo 3.º, I, II, III, IV); a autonomia dos Estados Federados (artigo 25); a autonomia dos Municípios (artigo 29, 30, I, II, III); as limitações do Poder de Tributar (artigo 150, I, II, III, a, b, IV, V, VI, a, b, c, d, artigo 151).

Esses preceitos, por conseguinte, não podem ser modificados. Uma reforma pode ter como fundamento o aperfeiçoamento do texto constitucional, mas deve-se manter fiel aos seus princípios basilares, sem alterar ou suprimir a base em que se funda o Estado Democrático de Direito. Desse modo, observa-se que o intuito da PEC 188/2019 é alterar não a forma federativa, mas, suprimir entes que compõem a federação brasileira, confrontando-se diretamente com a limitação de cláusula pétrea, declarada no artigo 60, parágrafo 4º, inciso I da Constituição Federal. Torna-se, assim, o dispositivo de extinção de pequenos municípios, inconstitucional por ferir ordenamento pétreo na Constituição. A federação[56] contém todos os entes como uma unidade política, acoplando-os em um todo de uma associação política existente, onde o pacto é consagrado pela Constituição. Esse ordenamento contém, decorre de uma hermenêutica mais apurada da Constituição, a garantia da existência política de cada um dos seus membros. A federação é um pacto permanente e não pode ser modificada por meio de emendas, nem ao menos aquela que tente diminuir a quantidade de entes federados.

[4] De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal: (...) a ideia de Federação – que tem, na autonomia dos Estados-membros, um de seus *cornerstones* – revela-se elemento cujo sentido de fundamentalidade a torna imune, em sede de revisão constitucional, à própria ação reformadora do Congresso Nacional, por representar categoria política inalcançável, até mesmo, pelo exercício do poder constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, I). [HC 80.511, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 21-8-2001, 2ª T, DJ de 14-9-2001.]

[5] De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal: A "forma federativa de Estado" – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.[ADI 2.024, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 3-5-2007, P, DJ de 22-6-2007.]

[6] ELAZAR, Daniel. Exploring Federalism. Tuscaloosa: University of Alabamba, 1987.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Todo o estudo realizado sobre a forma federativa como clausula pétrea mostra que a forma federal não pode ser modificada nem suprimida – o que demonstra nitidamente a inconstitucionalidade do dispositivo que propõe a extinção de municípios na PEC 188/2019.

Em segundo, o dispositivo constitucional que trata da criação, incorporação, fusão e desmembramento de entes, fere a ideia da soberania popular ao retirar a possibilidade de realização de plebiscito na fusão de municípios. A soberania popular garante a autodeterminação do povo brasileiro conforme o artigo 1º, que é realizada por meio de três institutos dispostos no artigo 14º, plebiscito, referendo e iniciativa popular, ambos da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como seu primeiro fundamento a soberania nacional, ou seja, a possibilidade real de participação da população no poder. Como mencionado, o artigo 14 traz a natureza jurídica do plebiscito, iniciativa popular e referendo, sendo eles instrumentos para o exercício da soberania. Um dos desafios da atual sociedade - que se encontra em meio de uma grande crise de representação política – é a de criar os mecanismos que possam delinear o sistema representativo, tornando-o socialmente confiável e ao mesmo tempo convivendo com várias formas de democracia direta e semidireta.

Por conseguinte, importa salientar que uma estrutura cooperativa verdadeira possui principais pilares, sendo a equalização fiscal e o Princípio da Subsidiariedade alguns deles. A equalização fiscal, modelo que é efetivo no estado Alemão, é compreendido como um sistema que busca reduzir as diferenças com respeito à capacidade de cada ente da federação de cumprir com suas responsabilidades financeiras, tendo por finalidade oferecer um padrão igualitário no atendimento das necessidades de cada região do País, por meio da redistribuição de receitas, e não pela fusão de pequenos municípios.

É empregado como uma solução às disparidades e demandas por maior descentralização no fornecimento de subsídios para os estados-membros e municípios, aumentando a importância das transferências redistributivas proporcionais de receita pautadas na adesão a políticas nacionais de cunho social. Para analisar a desnecessidade de fusão de pequenos municípios, basta ver que um país com 357.386 km² possui 11 mil municípios, articulando-se por meio do sistema de equalização fiscal e princípio da subsidiariedade, fortalecendo o federalismo cooperativo. Ao contrário do Brasil que possui 8.511.000 m² e 5.570 municípios.

Os recursos e a capacidade de execução vêm distribuídos de modo desigual no Brasil, e por esta razão se justifica o sistema de cooperação, de adotar condições mínimas para desempenhar o papel dentro da estrutura. Há a necessidade de uma coordenação e cooperação como *conditio sine qua non* para a realização das tarefas públicas. O federalismo deve assumir uma cooperação subsidiária, fornecendo um auxílio ao ente menor quanto as tarefas que não consegue realizar sozinho.

Nesse sentido o Princípio da Subsidiariedade destaca a sua importância juntamente com o federalismo cooperativo. A subsidiariedade no contexto Europeu – espaço em que assume prestígio e cuja influência se projetará em outros continentes - funciona como um princípio que contraria a administração centralizada. Nesse sentido, mesmo não estando expressamente na ordem constitucional brasileira, pode ser depreendida da leitura combinada do artigo primeiro, artigo 18 e artigo 34, inciso VII, alínea “C” da Constituição Federal.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

A leitura implícita da subsidiariedade na ordem constitucional está interligada com o modelo federal adotado, tendo em vista que a organização descentralizada dessa forma de Estado se desvela como campo propício à aplicação do princípio – ou seja, o federalismo fornece uma base organizacional substancialmente favorável para que a subsidiariedade possa desenvolver seu conteúdo e extensão.

O Princípio possui duas dimensões, a vertical – onde se permaneça o máximo possível as competências no nível menor, e a horizontal – que está inserida no espaço local próprio, compartilhando o poder entre governo e sociedade. Esta perspectiva exige uma qualificação do poder local, a fim de evitar a repetição, apenas em escala menor, das deficiências na apropriação do espaço público pela sociedade verificadas nas demais esferas.

A subsidiariedade se expressa de maneira no que pode ser feito por uma sociedade, não deve ser realizado por um ente maior, trazendo a ideia da supremacia da sociedade diante do Estado, colocando o poder público frente ao poder de decidir, sendo evidente a adoção desse princípio no ordenamento do Brasil quando este se legitima por meio da descentralização política, repartição de competências e iniciativas privadas e comunitárias. A PEC afasta a instância de poder mais próxima dos cidadãos, indo contrário ao Princípio da Subsidiariedade.

Assim, *a* espécie federalismo cooperativo, que deveria ser efetivada pela Constituição Federal, não pode ser designado a simples cooperação genérica entre União, Estados-membros e municípios, nem menos pensar que será efetivado por meio da fusão de municípios. Um Estado ao ter esta característica, possui uma série de formas especiais de relação entre as instâncias estatais, onde seu fundamento básico é o objetivo nacional do desenvolvimento equilibrado, sem a extinção de entes, por meio da repartição justa e igualitária dos recursos e diminuição do gasto público.

Quando um Estado possui esta característica, ele detém formas especiais de relação entre as instâncias federativas, sendo que seu fundamento basilar é o desenvolvimento nacional equilibrado, sem a extinção de entes. O ordenamento constitucional outorgou a competência tributária para os municípios com o ISS, IPTU e ITBI, todos eles com base tributária na área urbana. Contudo, as cidades que possuem até cinco mil habitantes possuem pequenos núcleos urbanos, onde a produção está diretamente ligada a área rural.

Há uma má distribuição da arrecadação de impostos que impossibilita pequenos municípios de cumprirem com a efetivação de políticas públicas. Conforme demonstrado, há um mito da arrecadação própria que vigora na proposta, pois o que compõe principalmente a receita dos municípios são as transferências intergovernamentais, delas provenientes do Fundo de Participação Municipal, onde municípios com até 10.388 habitantes recebem o coeficiente de 0,6. A fusão de pequenos municípios poderá acarretar em perdas e não em ganhos, como acima comprovado.

Considerações finais

No estudo realizado, buscou-se responder ao seguinte problema de pesquisa, utilizando o método dedutivo e hermenêutico: a PEC 188/2019 que dentre outras propostas, extingue pequenos municípios, causa

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

uma reformulação do federalismo brasileiro deixando-o mais cooperativo ou acarreta uma estagnação evidenciando um federalismo predatório?

O artigo buscou estudar o federalismo em seu sentido mais amplo na literatura. Um dos principais problemas que pode ser destacado é que mesmo que exista uma teoria federal, não há uma verdadeira teoria da estrutura do federalismo – o debate sobre o federalismo reconheceu essa lacuna, sendo que alguns autores afirmam que o problema reside em uma das suas principais forças, ou seja, sua flexibilidade. Mesmo que se tenha a ideia de autonomia e compartilhamento da norma aplicada em uma federação, cada país pode responder de maneiras diferentes dentro de um tipo de federação – competitiva ou cooperativa – conforme demonstrado.

Ao ser analisada a estrutura alemã aponta-se para os ganhos que o Brasil poderia ter ao possuir um sistema cooperativo e não predatório como há atualmente. Quando pensamos no município evidenciado na ideia de federalismo cooperativo, este não perderia a sua autonomia, mas deixaria ela mais fortalecida diante da efetivação de competências. Desse modo, torna-se viável o estabelecimento de objetivos comuns como formas de alcançar considerando as diferentes realidades dentro do território brasileiro.

Experimenta-se no Brasil, a centralização dos recursos por parte da União e a descentralização de competências para os governos locais. Esse sistema entre governos inicia com o reconhecimento de que cada um deve colaborar com as demais objetivando orientar, coordenar e controlar o processo político-administrativo.

No último capítulo analisou-se a PEC 188/2019, que dentre outras disposições a serem alteradas, a principal delas é a extinção de pequenos municípios brasileiros. Observou-se que a proposição pode ser prejudicial ao federalismo, haja vista a diminuição do repasse do Fundo de Participação Municipal para aqueles governos locais que serão incorporados.

Merece destaque o fato de que a PEC 188/2019 simplesmente veta a utilização do plebiscito para a fusão de municípios, sendo que este é um mecanismo de democracia utilizado para garantir a soberania, conforme disposto no artigo primeiro da Constituição Federal.

Em quase todos os Países desenvolvidos do mundo o número de cidades é realmente muito maior que o Brasil. Se cita como exemplificação, a Alemanha com 11 mil, a França 36 mil e Espanha 8 mil. A maioria deles conta com uma população muito pequena, desse modo o que se deve analisar são as responsabilidades de cada município, sua estrutura administrativa, competências e cooperação com os demais entes. Deve-se destacar novamente que a mera extinção de municípios, além de ser prejudicial ao federalismo brasileiro, não põe fim as desigualdades regionais e impossibilidade orçamentária.

Referências

AFFONSO, Rui Britto Alvares. **O federalismo e as teorias hegemônicas da economia do setor público na segunda metade do século XX**: um balanço crítico. Campinas: UNICAMP, 2003.

BENZ, Arthur. **Föderalismus und Demokratie. Eine Untersuchung zum Zusammenwirken zweier Verfassungsprinzipien**. – Hagen: Institut für Politikwissenschaft, 2003.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

BENZ, Arthur. **Der moderne Staat. Grundlagen der politologischen Analyse**. München (Oldenbourg), 2008.

BENZ, Arthur. **Ein gordischer Knoten der Politikwissenschaft?** - Zur Vereinbarkeit von Föderalismus und Demokratie. Frankfurt: Politische Vierteljahresschrift, 2009.

BEYME, Klaus von. **Das politische System der Bundesrepublik Deutschland nach der Vereinigung**. München: Verlag R. Piper, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COCK. Vanessa Suelt. A influencia del federalismo dual en el nuevo régimen local español. Bogotá. ***Estud. Socio-Juríd***. v.12, jan. 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS**. Parecer jurídico sobre a Proposta de extinção de Municípios - Análise das consequências da nova distribuição do FPM**, 2019. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Caderno_CNM-Extincao_de_Municipios.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

ELAZAR, Daniel**. Exploring Federalism**. Tuscaloosa: University of Alabamba, 1987.

KING, Preston. **Federalism and Federation**. London: Croom Helm, 1982.

KRELL, Andreas. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KROPP, Sabine. **Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung**. Wiesbaden: Verlang, 2010.

MUELLER, Sean. **Self-Rule and Shared Rule**. 2017. Disponível em: http://50shadesoffederalism.com/theory/self-rule-shared-rule/. Acesso em: 12 nov. 2019.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAKEL, A. H.; LIESBET, H.; MARKS. G. Multilevel governance and the state.' In **The Oxford Handbook of Transformations of the State**. Oxford: Oxford University Press, p.266-282. 2015.

SCHICK, Gerhard. **Bundesstaatsreform I. Für eine bürgernahe, effiziente und transparente Politik**. Berlin: Stiftung Marktwirtschaft, 2004.

SCHMIDT, Manfred G. Thesen zur Reform des Föderalismus der Bundesrepublik Deutschland. **Politische Vierteljahresschrift**, Deutschland., n. 3, p. 474–491, dez. 2001.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
CAPES
ISSN 2177-7837

As relações do poder segundo Michel Foucault e Byung-Chul Han: uma proposta de articulação para a análise da complexidade do poder local em Moçambique

Power relations according to Michel Foucault and Byung-Chul Han: an articulation proposal for the analysis of the complexity of local power in Mozambique

Jochua Abrão Baloi
Doutorando em Ciências Política (UERJ)
Universidade São Tomás de Moçambique (USTM)
Maputo, Moçambique
E-mail: jbaloi@yahoo.com.br

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar as relações do poder em Michel Foucault e Byung-Chul Han para a compreensão da complexidade do poder local em Moçambique. Nele argumenta-se que as concepções de poder em Foucault e em Han são importantes não só para a formação e constituição das atuais teorias de poder, como também para compreender a complexidade do poder local no Estado moderno que se presa democrático. Esta premissa é secundada pelas concepções de poder avançadas por estes teóricos, ao afirmarem, por um lado que o poder é um fenômeno que ocorre numa relação assimétrica bipolar, que institui a autoridade e a obediência (Foucault) e, por outro lado, que o poder é um fenômeno de continuidade, onde a vontade do *eu* pode-se expandir e continuar no *outro* (Han). A partir de uma metodologia de análise bibliográfica, histórica e do *process tracing*, aliando-os ao hermenêutico-reflexivo, este artigo buscou compreender a complexidade do poder local em Moçambique considerando as lições dadas por Foucault e Han. Com este artigo conclui-se que as concepções de poder tanto em Foucault, como em Han são deveras importantes para compreender as atuais teorias de poder, e não só, como também para entender quão complexa é a concepção do poder local nos Estados que se queiram democráticos, e que Moçambique não constitui exceção.

Palavras-chave: Poder. Poder Local. Foucault. Han.

Abstract: This article comes about with the objective of analyzing the power relations in Michel Foucault and Byung-Chul Han to understand the complexity of local power in Mozambique. It argues that Foucault and Han's conceptions of power are important not only for the formation and constitution of current theories of power, but also for understanding the complexity of local power in the modern democratic states. This premise is supported by the conceptions of power advanced by these theorists, where, on one hand, power is a phenomenon that occurs in a bipolar asymmetric relationship, which establishes authority and obedience (Foucault) and, on the other hand, power is a phenomenon of continuity, where the will of the *self* can expand and continue on the *other* (Han). Based on a bibliographic, historical and process tracing analysis methodology, combining them with the hermeneutic-reflexive method, this article sought to understand the complexity of local power in Mozambique considering the lessons given by Foucault and Han. This article concludes that the conceptions of power in both Foucault and Han are very important to understand not only the current theories of power, but also to understand how complex the conception of local power is in the democratic states, and that Mozambique is not exception.

Keywords: Power. Local Power. Foucault. Han.

Data de recebimento: 05/04/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

O presente artigo põe em pauta a análise das relações do poder em Michel Foucault e Byung-Chul Han para a compreensão da complexidade do poder local em Moçambique. Na prática, busca compreender as ideias lançadas por estes dois teóricos na procura duma percepção do que venha a ser o poder e a importância deste na formação e constituição das teorias atuais do poder em Estados que se presam democráticos.

Destarte, o argumento central que norteia artigo é que, as concepções de poder em Foucault e em Han são importantes não só para a formação e constituição das atuais teorias de poder, como também para compreender a complexidade do poder local em Moçambique, uma vez que para eles o poder é um fenômeno social.

Este artigo mostra ainda, que Michel Foucault definitivamente rompe com a concepção clássica do poder, que o pensava na pessoa de quem o detém, que o exerce e que o mantém, quer dizer, era atribuído a uma pessoa ou a um grupo de pessoas que exercia um certo domínio sobre os outros. Foucault, portanto, pensa o poder como uma rede de relações onde todos os indivíduos estão envolvidos, como geradores ou receptores, dando vida e movimento a essas relações.

É neste sentido que Foucault define o poder como uma relação assimétrica que institui a autoridade e a obediência, e não como um objeto preexistente num soberano, que o usa para dominar seus súbditos. A bem dizer, para ele, o poder acontece como uma relação de forças, onde ele apresenta a vigilância e a punição como dois dispositivos que a sociedade usa para justificar não só o poder, como também para domesticar os corpos que constituem o tecido social.

No mesmo diapasão, Byung-Chul Han concebe o poder como capacidade que o *Eu (Ego)* tem de continuar a sua relação no *Outro (Alter)*, no sentido de que ambos se ligam através duma relação de liberdade com um carácter comunicacional.

Entretanto, para Han, para que haja o poder é preciso que existam sujeitos livres ligados por uma continuidade de relações onde há aceitação de vontades entre os sujeitos implicados nesta relação. À vista disso, a continuidade e a mediação comunicativa são elementos fundantes do poder em Han.

A questão principal que norteia este artigo é*: qual é a relevância das relações do poder em Michel Foucault e Byung-Chul Han para a compreensão da complexidade do poder local em Moçambique?*

A partir de uma metodologia de análise bibliográfica, histórica e do *process tracing*, aliando-os ao hermenêutico-reflexivo, este artigo buscou compreender a complexidade do poder local em Moçambique considerando as lições dadas por Foucault e Han.

Este artigo está dividido em quatro partes: A primeira parte apresenta uma abordagem teórica sobre uma relação possível entre a concepção de poder em Foucault e em Han. Em seguida debate uma articulação possível e necessária entre os seus ideais de poder, apresentando as similitudes e as diferenças neles adjacentes. Depois analisa a contribuição do pensamento destes dois teóricos nas teorias atuais do poder e por fim, discute a relevância das concepções destes teóricos na compreensão da complexidade do poder local em Moçambique.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

1 O poder na concepção de Michel Foucault e Byung-Chul Han: uma relação possível?

Existem várias abordagens sobre a problemática do poder, tanto na teoria e filosofia política como no direito, contudo a abordagem do poder que se pretende neste artigo está ligado ao poder que é pensado sob o ponto de vista do espaço social. Os teóricos como Habermas (1976), Bourdieu (2001), Weber (2004), Arendt (2010), Foucault (1979), Han (2019), entre outros discutem as relações do poder, contudo, neste artigo interessa de forma mais específica analisar a concepção do poder nos dois últimos.

Michel Foucault (1926-1984) foi um filósofo, historiador e sociólogo francês e que no seu pensamento, um dos temas que aborda é o poder. Ele concebe o poder como uma relação assimétrica entre a autoridade e obediência e nunca um objeto preexistente na pessoa do soberano que o usa para dominar os seus súbditos.

Partindo desta concepção do poder relacional, Foucault pensa o poder numa relação assimétrica bipolar cuja natureza é a subordinação e manutenção da ordem política, quer dizer, por um lado temos quem o exerce e, por outro lado temos o objeto deste poder.

Apesar de muitos teóricos referirem-se sobre a existência de uma teoria de poder em Foucault, estudos mais aprofundados negam a existência de uma teoria de poder *per si¸* com a justificativa de que o poder não existe como realidade, posto que, não possui uma essência passível de ser definida, mas sim existe um conjunto de forças distintas, que estão em constante mutação (FOUCAULT, 1979).

No mesmo contexto de não existência de uma teoria de poder em Foucault, Revel (2005, p. 67) alega que Foucault:

> nunca trata do poder como uma entidade coerente, unitária e estável, mas de relações de poder que supõe condições históricas de emergência complexas e que implicam efeitos múltiplos, compreendidos fora do que a análise filosófica identifica tradicionalmente como o campo do poder.

Esta citação leva à dedução de que em Foucault, o poder não é objeto passível de ser apreendido como na teoria de conhecimento de Kant[1], mas sim como uma prática social que é historicamente construída. Por isso, para ele, rigorosamente falando, o poder como tal não existe, mas sim, relações do poder.

Neste sentido, para entender em que consiste o poder em Foucault é necessário *a priori* perceber os conceitos que se aproximam e compõem esta concepção do poder e também as relações que distinguem do que não poderia ser considerado poder.

No geral, e no concernente ao objeto deste artigo,

> o poder é um conjunto de relações; em vez de derivar de uma superioridade, o poder produz a assimetria; em vez de se exercer de forma intermitente, ele se exerce permanentemente; em vez de agir de cima para baixo, submetendo, ele se irradia de baixo para cima, sustentando as instâncias de autoridade; em vez de esmagar e confiscar, ele incentiva e faz produzir (ALBUQUERQUE, 1995, p. 109).

[1] Cfr. Para entender sobre a Teoria de Conhecimento de Kant pode-se consultar a seguinte obra: KANT, I. (1987). **Crítica da Razão Pura**. Os pensadores Vol. I. São Paulo: Nova Cultural.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Esta citação faz perceber que na noção relacional do poder em Foucault não existe definitivamente a *Vontade Política* (Hobbes[2]), no sentido de que não existe transferência do poder político exercido pela autoridade, onde cada um submete a sua vontade à de um outro (eleito) que seja único ou que esta vontade única seja considerada como a *Vontade Geral* (Rousseau[3]).

A crítica que Foucault faz à percepção moderna do poder é que o poder não carregue unicamente tendências repressivas, posto que para ele, a

> noção de repressão é totalmente inadequada para dar conta do que existe justamente do produtor no poder. Quando se define os efeitos de poder para repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força de proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou (FOUCAULT, 1998, p. 8).

Neste contexto, pode-se inferir que para Foucault, as relações do poder disciplinar são essenciais por não se considerarem uma relação negativa, mas sim positiva, no sentido de que é produtor da individualidade, ou seja, o indivíduo é um produto/ produção do poder e do saber, isto é, o indivíduo não é algo exterior ao poder.

Foucault na sua obra "*Vigiar e Punir"* inaugura a noção do poder disciplinar, situando-a numa relação de enclausuramento. Portanto, nesse tipo específico de relação, o corpo dos sujeitos era investido de tecnologias de poder e controle, mas essa tecnologia, ao contrário do que possa sugerir, não era exclusiva da prisão (FOUCAULT, 2014).

Relativamente às formas de funcionamento ou às formas do exercício do poder, Foucault refere à três elementos. O primeiro é o *poder soberano*, o segundo é o *poder disciplinar* e o terceiro é a *biopolítica*.

O *poder soberano* em conformidade com Foucault ficou situado num período histórico antes da concepção do biopoder, onde se associa ao poder de matar, onde existe alguém com poderes superiores que os outros, sem nenhum espaço de intermediação.

O *poder disciplinar* está ligado ao poder sobre os indivíduos nas sociedades fechadas, próprias da sociedade moderna, como na clausura, nas escolas, nos hospícios, nas fábricas, etc., que possuem suas regras e mecanismos próprios para melhorar o rendimento do corpo social, utilizando a tecnologia própria de controlo e obediência. Em "*Vigiar e Punir"*, Foucault considera 4 características fundamentais do poder disciplinar (FOUCAULT, 2014).

A primeira caraterística refere que a disciplina é um tipo de (re)organização do espaço, quer dizer "é uma técnica de distribuição dos indivíduos através da inserção dos corpos em um espaço individualizado" (Dreyfus & Rabinow, 1995, p. XVII), no sentido de que deixa de pertencer exclusivamente a um dispositivo central como o Estado e está presente em todas as demais instituições existentes na sociedade.

[2] Cfr. Para entender sobre a *Vontade Política* pode-se consultar a seguinte obra: HOBBES, T. (2002). **Do Cidadão**. (Coleção Clássicos). Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes.

[3] Cfr. Para entender sobre a *Vontade Geral* pode-se consultar a seguinte obra: ROUSSEAU, J.J. (2000). **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

A segunda característica aduz que a disciplina serve como um controle de tempo, ou seja, a disciplina torna o corpo ágil e hábil para qualquer que seja a atividade. Neste sentido, "o controle do tempo compreende uma dupla articulação, constituída pela relação entre corpo e gesto – um corpo capaz de executar de forma ágil e eficaz um gesto – e a relação gesto e objeto manipulado pelo corpo" (SOUZA, 2011, p. 114).

A terceira caraterística atesta que a disciplina serve como vigilância, no sentido de que, ela deve ser exercida "de forma contínua, ininterrupta, permanente, ilimitada" (Souza, 2011, p. 114), quer dizer, deve ser exercida de forma total. Sendo assim, a vigilância é um dos principais métodos de controlo, que deve ser exercida de forma constante, sem limites, que penetre nos âmbitos mais particulares da vida dos indivíduos e que esteja presente em todo lugar.

A quarta e última caraterística afirma que a disciplina produz um saber, pois constitui um registo contínuo de reconhecimento. Deste modo, para Foucault, a disciplina "regista e transfere (aos pontos hierarquicamente mais altos do poder) aquilo que é objeto dessa vigilância, desse olhar" (SOUZA, 2011, p.114).

A *biopolítica* como a terceira forma de funcionamento ou do exercício do poder, é considerada em Foucault, como uma compreensão da sociedade em termos do corpo sobre o qual se exerce um poder de controlo, e Foucault considera que o poder sobre a vida é o centro da biopolítica que se exerce em duas direções, uma que se centra no corpo individual como máquina, onde nele deve-se submeter à disciplina para aumentar as suas aptidões para ganhar a eficácia e a outra é o controlo do corpo da população como uma espécie de mecanismos de regulação (FOUCAULT, 2010).

A respeito da colocação dos argumentos acima, pode-se dizer que a disciplina voltada ao corpo e a regulação da sociedade ligada ao conjunto de seres humanos ou à biopolítica são na verdade dois elementos em que se estabelece a organização do poder sobre a vida ou sobre o biopoder em Foucault.

Byung-Chul Han (1959-) é um filósofo e teorista cultural Sul Coreano que ao se dedicar ao estudo do poder em contexto neoliberal, onde há uma desigualdade estrutural, identifica no domínio da informação e no discurso, elementos fundantes para a sua concepção do poder, entendida como uma estratégia política da sociabilidade e da comunicação.

Inspirando-se em Foucault, Han no seu pensamento sobre o poder pretende evitar a concepção coercitiva do poder, no sentido de ela ser uma luta de forças antagónicas ou de consensos, para uma percepção do poder como um agir comunicativo (Habermas[4]). Por conseguinte, sua pretensão é encontrar um conceito que não põe de lado a sua ocorrência, tanto por via coercitiva como por via do consenso.

Han concebe o poder como um fenómeno complexo, no sentido de que ele implica de alguma forma - certa reciprocidade entre aquele que o detém e os subordinados. Para Han, o poder se configura em diferentes formas de continuidade e mediação, nas quais a vontade do *Ego* pode-se expandir e continuar no *Alter* (HAN, 2019).

[4] Cfr. Para entender sobre o *Agir Comunicativo* pode-se consultar a seguinte obra: HABERMAS, J. (2012). **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Assim sendo, para melhor explicitar a complexidade do conceito poder, Han escreve a obra "*O que é Poder*", desdobrando-a em 5 dimensões: a lógica, a semântica, a metafísica, a política e a ética do poder. Sem pretender entrar em detalhes, em linhas gerais nesta obra, pode-se inferir que ela apresenta de forma pedagógica, um estudo a ser tomado em conta quando se pretender fazer uma análise das sociedades atuais no concernente à problemática do poder.

Neste diapasão, o poder cria continuidade, pois, "o poder é um fenómeno de continuidade" (Han, 2019, p.11). Em outras palavras, para Han, se o poder não cria continuidade, quer dizer, se não *for-além-de-si*, e depois *retornar-a-si*, - ele não existe, posto que, a continuidade assim percebida constitui a génese das estruturas do poder, portanto, a própria génese do poder.

Dessa forma, Han compreende o poder como um

> fenômeno demasiadamente complexo e, nesse sentido, para ter uma compreensão que não falte com algum modo de representação ou de aparição do poder, pretende formular um conceito móvel, capaz de adaptar-se a qualquer estrutura de poder possível. Podemos dizer que definir o campo de atuação do poder, separando-o expressamente da violência, é um dos desafios que Han se propôs ao desenvolver sua tese (SILVA, 2019, p. 199).

O poder existe numa relação de continuidade entre o *Ego* e o *Alter*, no sentido de que há uma correlação entre o *Ego* e o *Alter*, para existir o poder. Como na relação de conhecimento (Kant), não existe continuidade do *Ego*, sem o *Alter,* como ele atesta, ao denotar que,

> o poder permite ao *ego ser no outro por si mesmo*. Ele gera uma *continuidade do self*. O *ego* realiza no *alter suas* decisões. É desse modo que o *ego* continua no *alter*. O poder proporciona ao *ego espaços* que são *seus*, nos quais, apesar da presença do outro, ele pode estar em *si mesmo* (HAN, 2019, p. 11).

Por conseguinte, o *Ego*, com vista a alcançar o poder, não pode agir sem tomar em conta o *Alter*, posto que, ao ignorá-lo*,* perderá o domínio do poder. Neste caso, pode-se tirar a ilação de que o poder em Han depende irrevogavelmente desta correlação de continuidade entre o *Ego* e o *Alter*.

Assim, o poder é esta capacidade de *ir-além-de-si*, continuando junto de si, como afirma, Han (2019, p. 49) que "Ir-além-de-si é a característica principal do poder […] Ir-além-de-si é, e isso é *o modo de caminhar do poder*, ao mesmo tempo ir-junto-de-si. Essa unidade de além-de-si e junto-de-si aumenta o *espaço do self*".

Ao lado da continuidade está a mediação comunicativa como elemento fundamental para o funcionamento do poder, no sentido de que sem ela, o poder se converte em violência. Logo, a mediação é o elemento essencial que faz com que o *Alter* aceite a vontade do *Ego.*

Em suma, há uma relação possível entre a concepção do poder formulada por Michel Foucault e Byung-Chul Han, no sentido de que ambos partem de uma relação específica do poder para daí criarem suas ilações, quer dizer Foucault parte de uma relação assimétrica e bipolar do poder que preconiza por um lado a autoridade e por outro lado a obediência e Han, duma relação de continuidade do poder que tem a propensão de se expandir além de si, portanto no *outro.*

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

2 Semelhanças e dissemelhanças entre a concepção de poder em Michel Foucault e Byung-Chul Han: uma articulação necessária

Estudos existem que opõem por completo o pensamento de Foucault e Han, no entanto, em relação ao ponto em análise neste artigo, isto é, sobre a compreensão da complexidade do poder local, a oposição é tênue, posto que existem posições políticas adversas relativamente à manutenção ou não do poder e/ou se essa relação e articulação do poder é ou não necessária, pois Foucault parte de uma concepção relacional do poder e Han a partir da concepção da continuidade e mediação do poder entre o *Ego* e o *Alter*.

Os dois teóricos partem de uma concepção específica do poder para depois tirarem as suas ilações. Neste sentido, diferentemente de Foucault, Han concebe o poder como uma forma de continuidade em que o *Ego* encontra para se realizar no *Alter* sem nenhuma barreira possível, ou melhor, o poder em Han não encontra algo que lhe resista.

Considerando o poder nessa perspectiva, Han, se diferencia de Foucault, uma vez que este acredita que, onde há poder, há também forças de resistência. Ao contrário, Han atesta que é possível que exista poder sem que encontre resistência, porém, teria que ocorrer com uma continuidade ilimitada, posto que, um poder sem resistência denota uma estabilidade que se alcançou por certo domínio.

Deste modo, para Han (2019), o poder que pretende alcançar um espaço grande de domínio precisa atuar através da criação de um horizonte de sentido. Portanto, pode-se compreender no pensamento de Han que o poder não é apenas negativo, mas igualmente positivo. Então, o poder, mesmo na sua eloquência, não está determinado a negar o outro, mas a afirmar de si no outro.

Neste sentido, "o *Ego* e o *Alter* são copartícipes da estrutura do poder. O poder retira do *Alter* não o seu *não* amedrontado, mas o seu *sim* entusiástico, cheio de excitação e subserviência" (Silva, 2019, p. 201). Assim, considerado a concepção do poder acima explicado, pode-se inferir que em Han, o poder não apenas destrói, mas "deixa viver" (HAN, 2019).

Nesta colação de argumentos, pode-se deduzir que ao lado desta continuidade ilimitada está a mediação que, ao transformar a vontade do detentor do poder na vontade do subordinado, gera liberdade. Neste sentido, se a medição entre o *Ego* e o *Alter* for maior, todos e de igual forma usufruem desta liberdade. Entretanto, se a mediação for menor, saturada fica a liberdade gerada por esta mediação.

Foucault ao considerar o poder como relação, então toma o poder disciplinar como um poder normativo que leva o indivíduo a seguir um conjunto de regras e normas que o levam a um ato de obediência, que considera a biopolítica como técnica da governança da sociedade.

Consequentemente, em Foucault conceber o poder como relação, de certa forma

> implica afirmar sua existência exclusivamente como ato, daí a afirmação de que o poder se exerce, é operatório, em detrimento do suposto que se possa tê-lo, de que seja uma propriedade. Mas é preciso ainda destacar a ideia igualmente singular de que o poder é produtivo, ideia que traz um aporte de positividade ao poder que não se concebia antes de Foucault. Dizer que o poder é produtivo é situá-lo no campo da construção social da realidade. De maior importância, como visto antes, temos o fato do poder constrói as múltiplas possibilidades e condições de sermos sujeitos. De maneira geral as relações de poder, como concebidas por Foucault, não são marcadas pela negatividade, ou recortadas por valores (SANTOS, 2016, p. 270).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Neste caso, a existência de poder tanto em Foucault como em Han implica de forma concomitante, a existência da liberdade. Apesar de Han ser menos rigoroso sobre a relação entre poder e liberdade, Foucault ao falar desta relação, a compara com a escravidão, que nega qualquer possibilidade de liberdade, que de facto, não constitui *per si* uma relação de poder.

Contudo, em Foucault, o que determina as relações do poder instáveis, móveis e reversíveis é o fato de que elas se permeiam pelo ideal da liberdade. Nesta senda, há de fato, relações do poder, se os sujeitos implicados nesta relação forem livres, quer dizer "para que se exerça uma relação de poder, é preciso que haja sempre, dos dois lados, pelo menos uma certa forma de liberdade" (FOUCAULT, 2006, p. 276).

É deste argumento que Foucault ressalta no seu pensamento ao afirmar que a relação entre poder e liberdade é essencial para se perceber o diferencial entre o poder como relação de forças e a liberdade como capacidade de poder se orientar não dependendo dos outros para guiar a sua conduta (dominação).

Contrariamente a Foucault, Han nesta perspectiva denota que a existência de uma liberdade ainda que mínima permite que exista poder, ainda que escasso. Neste sentido,

> a possibilidade de o escravo dizer "não" à vontade do poderoso é um modo de liberdade. Mesmo que pequeno esse "não" interrompe a mediação do poder entre *ego* e *alter*. Por isso mesmo, o poder é caracterizado não pelo seu não, mas pela possibilidade do sim. Pouca mediação desdobra-se em coerção, nenhuma mediação em violência. A violência, diferentemente do poder, quebra a continuidade do *self*, destrói o *alter*, isola o ego. A violência não é poder, pois aniquila o outro, encerra com os espaços de ação política (SILVA, 2019, p. 203).

Dessa forma, há por um lado alguns elementos em comum na concepção do poder em Foucault e em Han, e por outro lado, elementos divergentes na mesma concepção do poder como apontado acima. O que fica como ilação é que em Han o poder é considerado como uma forma de continuidade e mediação entre o *Ego* e o *Alter*, sem que exista uma resistência possível entre ambos, em detrimento de Foucault que definitivamente afirma que onde há poder há também forças de resistência.

Enquanto Foucault afirma que a sociedade contemporânea é feita de prisões, hospitais, fábricas constituindo, portanto, uma sociedade disciplinar, Han, atesta que estes elementos não são um reflexo da sociedade contemporânea, posto que, a sociedade disciplinar concebida por Foucault concorreu para o surgimento de uma sociedade de rendimento.

Em Han, ao contrário do sujeito de obediência caracterizado por Foucault, hoje em dia encontramos o sujeito de rendimento que é livre, quer dizer, a existência deste sujeito é regida pela liberdade e pela iniciativa, apesar de algumas vezes esta liberdade se transformar em coação e/ou em auto exploração (HAN, 2016).

Em síntese, existe sim uma articulação necessária entre as concepções de poder pensadas por estes dois teóricos, quer dizer, o pensamento de Foucault e Han se assemelha relativamente ao tema da liberdade, uma vez que ambos acreditam que nas relações do poder existe a liberdade, considerada como capacidade que os indivíduos têm de orientar as suas condutas dentro da relação de poder, sem esperar que alguém oriente a sua conduta. Portanto, por um lado, o poder é concebido como um fenômeno de continuidade (Han) e, por outro lado, o poder é pensado numa relação assimétrica bipolar (Foucault).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

3 A contribuição do pensamento de Michel Foucault e Byung-Chul Han nas teorias atuais do poder

A abordagem moderna do poder é marcada por uma antipatia em vários países no concernente aos modos de sua efetivação, principalmente nas democracias representativas, apesar de este modelo não ter tido superação nas práticas políticas. Destarte, Foucault e Han são entre os vários teóricos, que contribuíram sobremaneira para a abordagem do poder sob ponto de vista empírico.

Os modelos ideais da percepção do poder e espaço social hoje em dia são efetuados, por meio de diversas instituições que procuram aplicar o poder não de forma relacional, mas aliado à dominação (Weber, 2016), à hegemonia (Gramsci, 1982), (Laclau; Mouffe, 1987) e ao poder simbólico (Bourdieu, 2001).

Falar da contribuição do pensamento de Foucault e Han, e em especial, abordar neles a concepção do poder é um quesito essencial para a compreensão não só da democracia moderna, como também do Estado moderno. Por conseguinte, é analisando o pensamento político relativo ao poder destes teóricos que se percebe como as instituições e o Estado deixaram seu caráter natural, assumindo deste modo a sua personalidade civil, através da formação do contrato social.

Contudo, no Estado moderno, os indivíduos são considerados como detentores de direitos e deveres, isto é, são considerados como cidadãos, e é com base nessa formação que, no atual século, o Homem dentro do Estado é *conditio sine qua non* para a garantia da justiça e de direitos.

No pensamento de Foucault considera-se o poder não situado em nenhuma instituição muito menos como algo que cede através de contratos tanto políticos como jurídicos. Em boa verdade, o poder para ele não só reprime como também produz efeitos de saber e verdade.

Estas ilações fazem com que Foucault através da sua teoria do poder relacional seja considerado como um teórico que contribuiu e contribui sobremaneira para o debate sobre a problemática do poder, que é considerado disciplinar, no sentido de que as relações do poder são dadas pelas instituições como escolas, fábricas, prisões, quartéis que ao longo do tempo foram marcadas pela disciplina. Assim, tomando o poder como relacional, Foucault o pensa numa ideia de força, posto que as relações do poder devam considerar como ponto de partida as formas de resistência contra as diferentes formas de poder.

Como atesta Deleuze (2008, p. 112) para secundar esta ideia de força,

> o poder é precisamente o elemento informal que passa entre as formas de saber, ou por baixo delas. Por isso ele é dito microfísico. Ele é força, e relação de força, não forma. E a concepção das relações de forças em Foucault, prolongando até Nietzsche, é um dos pontos mais importantes de seu pensamento.

Por outro lado, o pensamento de Han também é essencial na formação, constituição e consolidação das teorias atuais do poder, uma vez que ele concebe o poder como um fenómeno complexo. À vista disto, Han, considerando o poder como um fenómeno que na sua compreensão não deva faltar com algum modo da sua representação, ele defende um conceito móvel, dinâmico de poder passível de se adaptar à qualquer estrutura do poder possível.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Como o poder para Han é um fenômeno complexo, ele prefere considerar o poder como continuidade e como mediação comunicativa, no sentido de que sem a mediação ele constituiria violência, e portanto, a mediação é precisamente para ele, o que difere da atuação do poder do fenômeno da violência. Destarte, é a mediação que permite com que o *Alter* aceite subservientemente a vontade do *Ego*.

Por conseguinte, o pensamento destes dois teóricos é essencial não só para a formação, constituição e consolidação das atuais teorias do poder, como também para fundamentação das democracias representativas atuais e/ou para a compreensão da complexidade do poder local, no caso específico de Moçambique. Foucault pensa o poder não só como agenciamento no campo político, quer dizer, não só como um espaço onde se imprimem as experiências históricas de lutas sociais, mas também como desdobramento no campo ético, isto é, como uma liberdade que subjaz entre a autonomia e maioridade.

Em suma, Han, ao conceber o poder, portanto, como relação entre o *Ego* e o *Alter*, afirma que o poder é a capacidade, continuidade de prolongar a própria vontade na vontade dos outros, tornando o poder como fenómeno complexo. Estes elementos concorrem para a percepção de quão importante foi o pensamento de Foucault e Han não só para a formação e constituição das atuais teorias de poder, como também para compreender a complexidade do poder local no Estado moderno que se presa democrático.

4 A relevância das concepções de poder em Michel Foucault e Byung-Chul Han na compreensão da complexidade do poder local em Moçambique

Moçambique é um país unitário, democrático e descentralizado e se situa na costa sudeste do continente africano com uma dimensão territorial de aproximadamente 800.000 Km^2 e com uma população de aproximadamente 30 milhões de habitantes.

O poder local em Moçambique constitui uma realidade complexa no sentido de que este tipo de poder existe antes do surgimento do Estado moderno *per si*. Desse modo, antes da chegada dos Portugueses (1498), Moçambique era habitado por comunidades organizadas, e era gerido por unidades políticas, sobretudo reinos (Monomotapa e os centros Swahilis) dirigidos por um soberano, de acordo com um sistema de filiação ou de linhagem cuja origem do poder se assentava nos antepassados, num desígnio sobrenatural (UEM, 1982).

Ao mesmo tempo existiam outras unidades políticas mais simples, que se organizavam como um conjunto de comunidades que se ligavam através do parentesco ou por um antepassado comum mítico, sem nenhum poder centralizador e deveras com instituições políticas muito simples.

Uma primeira chave analítica da complexidade do poder local está ligado à própria ideia do poder local, quer dizer, à sua importância principalmente no contexto democrático, ou mesmo à sua complexidade intrínseca, que nesta análise, não se resume a uma problemática menor, e a um simples funcionamento do poder em pequena escala.

No contexto africano e em especial, em Moçambique o poder local é um dos veículos privilegiados na compreensão do fenômeno político na sua complexidade, se considerar a noção do poder enquanto algo construído no quadro das relações sociais entre agentes, concepção próxima à noção de poder em Michel

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Foucault e em Byung-Chul Han. Neste sentido, as noções de Foucault e Han são relevantes na compreensão da complexidade do poder local em Moçambique.

A bem dizer, o poder local significa “a necessidade que as populações de um determinado território têm, de se auto administrarem e gerirem autonomamente, os seus interesses próprios e comuns” (Zavale, 2011, p. 35). Neste sentido, a criação do poder local em Moçambique foi um meio de que o país se serviu na tentativa de descentralizar o poder e desenvolver a democracia, ao envolver as populações na tomada de decisões da vida pública, contudo, na prática muitas das vezes estes espaços servem como locais de reprodução das elites do próprio governo central.

Numa leitura crítica desses espaços formais, Bilério avalia que estas instituições “parecem ser mais espaços de reprodução de elites ao nível local e de manipulação da população a avaliar pela sua constituição (seleção dos membros) e seu funcionamento e não espaços de participação da população no processo de tomada de decisões” (BILÉRIO, 2018, p. 64).

Neste sentido, hoje em dia existem conflitos entre os diferentes grupos sociais representados nos poderes locais, por causa da sua incompleta aplicação, e afeta sobremaneira, o arranjo do poder político em diferentes grupos da sociedade local.

Com isto, pode-se inferir que o pensamento de Michel Foucault é essencial na compreensão da complexidade do poder local em Moçambique, ao considerar o poder como uma relação entre a autoridade, e neste caso a autoridade tradicional, e a obediência, que seria, assim, a sociedade no geral. A sociedade, no caso moçambicano deve obediência às autoridades tradicionais e subordina-se a elas com vista a garantir a ordem social, aliás, a autoridade tradicional, os conselhos consultivos, são os garantes da ordem pública e social.

Byung-Chul Han, ao conceber o poder como fenômeno complexo, de continuidade e de mediação comunicativa também é essencial para a compreensão da complexidade do poder local em Moçambique, no sentido de que existe uma semelhança na sua concepção do poder e naquilo que acontece na realidade moçambicana. Para Han, o poder ao implicar uma certa forma de reciprocidade entre os detentores do poder, que seriam para o caso moçambicano, as autoridades tradicionais e os conselhos consultivos, e os subordinados, então o poder, neste caso, constitui uma continuidade que se expande desde a vontade das autoridades tradicionais até à sociedade como um todo.

Estes aspetos concorrem para perceber quão importante é o pensamento de Foucault e Han, na compreensão da complexidade do poder local, não só no caso moçambicano, como no mundo em geral. A atual configuração constitucional moçambicana não fala de poderes locais, mas sim de autarquias locais, no sentido de que ambos conceitos são considerados como sinônimos. Aliás, a constituição de 2004 já previa no seu artigo 271, que o

> Poder Local tem como objetivos organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade e promover o desenvolvimento local, o aprofundamento e a consolidação da democracia, no quadro da unidade do Estado Moçambicano, e na iniciativa e na capacidade das populações e atua em estreita colaboração com as organizações de participação dos cidadãos (números 1 e 2 do artigo 271 da Constituição de 2004).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Contudo, a Constituição da República de 2004, com as alterações sofridas pela lei 1/2018 de 12 de junho[5], usa simplesmente o conceito de Autarquias Locais no lugar de Poderes Locais, mantendo a definição e objetivos feitos para aquele conceito.

Sendo assim, o Poder Local pode ser definido neste contexto em duas vertentes. Do de vista teórico, o Poder Local é aquele que nasce num local, o poder que emana do povo e não um poder imposto no local. Neste sentido, o Estado não é poder local, é um poder imposto no local. Do de vista prático, o Poder Local é a representação do Estado no local, como é o caso dos municípios e dos serviços ministeriais (POULSON, 2009; FAURÉ & RODRIGUES, 2012).

Os estudos de Wunsch & Olowu (2005) ao referirem sobre a instituição dos poderes locais na África, aduzem que constituem um processo através do qual os residentes de uma determinada área participam na resolução de seus problemas locais. Eles são os decisores-chave na escolha de prioridades de projetos locais, sua implantação e da forma como os recursos são alocados para o sucesso desses mesmos projetos.

Os estudos empíricos de Forquilha (2009) sobre a aplicação dos poderes locais em Moçambique concebem-nos como uma forma de governação onde vários atores estatais e extras estatais, singulares e coletivos participam da provisão de bens e serviços.

Em Moçambique, o poder local é anterior ao Estado como se afirmou e que muitas das vezes pode-se desenvolver fora dele. Assim, existem poderes locais paralelos, como o poder tradicional que surgiu como uma manifestação do poder local. Ao lado do poder tradicional, no local existe a participação democrática das populações nas comissões dos bairros, através dos Conselhos Consultivos Locais. Esta constatação leva à ilação de que os poderes locais estão além das autarquias, no sentido de que são eles que garantem a satisfação dos interesses das respetivas populações, principalmente no meio rural onde não existe a presença do Estado.

No caso moçambicano, os detentores do poder tradicional possuem uma autoridade legítima conferida pelas regras de convivência que se assentam no direito consuetudinário. Consequentemente, as autoridades tradicionais possuem um poder legitimado pelas comunidades, enquanto detentores de conhecimentos sobre as tradições locais e enquanto gestores das relações políticas estabelecidas no seio dessas comunidades rurais.

No caso moçambicano, são Autoridades Comunitárias, em conformidade com o número 1 do artigo 1 do decreto 15/2000 de 20 de junho[6], “os chefes tradicionais, os secretários dos bairros ou de aldeias e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades locais”. As autoridades tradicionais, os líderes comunitários, os líderes religiosos e os régulos foram durante muito tempo figuras que faziam uma interface entre o governo central e as comunidades e entre as comunidades e os antepassados. Estes poderes concorrem para a percepção de que o poder local é complexo em Moçambique e muitas das vezes há querelas de legitimidade de cada poder no local.

[5] Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique.

[6] Decreto do Conselho de Ministros que estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do Estado com as Autoridades Comunitárias.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Muitas destas autoridades se afirmaram e ainda hoje em dia se afirmam como autoridades locais junto das comunidades, posto que, nem sempre o Estado esteve presente ou representado junto delas. Dessa forma, uma vez existindo um espaço vazio deixado pela ausência ou incapacidade do poder estatal de se afirmar junto delas, este espaço foi e ainda é ocupado pelos chefes tradicionais, líderes comunitários, líderes religiosos, secretários de bairro ou de aldeia, entre outros.

Formalmente, os Conselhos Consultivos Locais são espaços de consulta onde a população, através dos seus representantes ao nível local deveriam influenciar o governo a tomar as decisões a seu favor. Os Conselhos Consultivos Locais foram uma iniciativa do governo central para responder aos interesses locais do Estado e da comunidade onde eles se localizam, constituindo-se como um fórum de caráter consultivo e informativo sem poder legislativo e nem coercivo no seio da respetiva comunidade (JAMAL, 2014).

A posição do poder local na pessoa das autoridades tradicionais, líderes comunitários, líderes religiosos, secretários dos bairros ou de aldeias, como intermediários na ligação com o Estado é aparentemente a sua mais forte marca do poder local em Moçambique, no sentido de que, são entidades que foram assumindo um papel a meio caminho entre o central e o local.

Atualmente, as autoridades tradicionais, os líderes comunitários, os líderes religiosos, os secretários dos bairros ou de aldeias, que constituem neste caso, poderes locais, são na realidade agentes locais organizados, intermediários cujo perfil é muitas vezes atípico. Estão a ser reconhecidos como agentes eficazes na articulação entre o nível central e o local, tornando o poder local em Moçambique complexo.

De qualquer modo, baseados numa tradição que se assenta em fatores de hereditariedade, as autoridades tradicionais, os líderes comunitários, os líderes religiosos, os secretários dos bairros ou de aldeias, portanto, os poderes locais, têm agora a sua existência reconhecida pela Constituição. Contudo, o que será efetivamente o seu papel, ficará consignado nos instrumentos reguladores do exercício da sua atividade. Estes elementos na verdade concorrem para a percepção de quão complexa é a compreensão do poder local em Moçambique, sob ponto de vista de análise deste artigo.

Em síntese, analisando a concepção de Michel Foucault e Byung-Chul Han sobre poder denota-se que o poder é uma realidade social e complexa que é essencial para a existência de uma sociedade. A bem dizer, o poder local em Moçambique constitui um fenômeno no âmbito do poder político que possui na sua base, o princípio da descentralização político-Administrativo. Estes elementos concorrem para a percepção de que de facto, as concepções de Foucault e Han são muito importantes na compreensão da complexidade do poder local, não somente em Moçambique como também em todo o mundo.

Considerações finais

Este artigo infere que tanto Michel Foucault como Byung-Chul Han, em todas as suas obras, apesar da questão do poder não ter sido o seu objeto especial de estudo, todos de alguma forma conceberam uma noção de poder.

Tomando em consideração as acepções do poder aqui apresentadas, pode-se concluir que em Michel Foucault o poder é uma construção social que se encontra em toda a parte. Provoca de certa forma uma relação

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

assimétrica, não se encontrando em nenhuma instituição muito menos em ninguém, mas sim nas relações sociais. Destarte, para que o poder em Foucault seja eficaz é preciso que produza uma positividade que de certa forma se desdobre na vida social, cujo preço é o adestramento do corpo, quer dizer, o poder disciplinar.

Byung-Chul Han afirma que o poder é um fenômeno demasiadamente complexo que só existe numa relação de continuidade e de mediação entre o *Ego* e o *Alter*, que ambos devem transformar o *Não* em *Sim*. Neste caso, o poder assim concebido em Han consiste na capacidade que o *Ego* tem, de prolongar a sua própria vontade em vontade dos outros, fazendo com que o poder seja concebido como liberdade com um carácter comunicativo.

Concebidas estas considerações sobre o poder em Michel Foucault e em Byung-Chul Han, as reflexões por eles propostas contribuem não como proposições teóricas e acabadas sobre o poder, mas como referenciais para uma compreensão crítica e dinâmica da complexidade do poder local, sem a qual sequer seria possível, no contexto da sociedade hodierna, sua identificação como tal.

Em suma, esta pesquisa infere que tanto Michel Foucault como Byung-Chul Han, conceberam certo tipo de poder, que foi importante não só para a formação e constituição das atuais teorias de poder, como também para compreender quão complexa é a concepção do poder local no Estado moderno, e em especial em Moçambique.

Referências

ALBUQUERQUE, J. A. G. Michel Foucault e a Teoria do Poder. **Tempo Social: Rev. Sociol. USP**, v. 7, n. 1-2, p. 105-110, out., 1995.

ARENDT, H. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo, revisão técnica Adriano Correia. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BILÉRIO, B. E. **Dinâmica da Accountability no Contexto da Governança Local em Moçambique entre 1998 2016**: Um Estudo dos Municípios da Matola e Beira. 2018. 198f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

BOLETIM DA REPÚBLICA. **Decreto nº 15/2000, de 20 de junho**. Estabelece as formas de articulação dos Órgãos Locais do Estado com as autoridades comunitárias. Suplemento, I Série-Número 24. Imprensa Nacional: Maputo, 2000.

BOLETIM DA REPÚBLICA. **Constituição da República de Moçambique, de 22 de dezembro de 2004**. I Série, Número 51. Imprensa Nacional: Maputo, 2004.

BOLETIM DA REPÚBLICA. **Lei nº 1/2018 de 12 de junho de 2018**. Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique. I Série, Número 115. Imprensa Nacional: Maputo, 2018.

BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

DELEUZE, G**. Conversações.** São Paulo: Ed. 34, 2008.

DREYFUS, H. & RABINOW, P. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Tradução de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FAURÉ, Y. A. & RODRIGUES, C. U. **Descentralização e Desenvolvimento Local em Angola e Moçambique: Processos, Terrenos e Atores**. Lisboa: Edições Almedina, 2012.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

FORQUILHA, S. C. O Paradoxo da Articulação dos Órgãos Locais do Estado com as Autoridades Comunitárias em Moçambique: Do discurso sobre a descentralização à conquista dos espaços políticos a nível local, ***Cadernos de Estudos Africanos*** [Online], n. 16/17, 2009.

FOUCAULT, M. A Ética do Cuidado de si como Prática da Liberdade. *In*: MOTTA, Manoel Barros da. Foucault: **Ética, Sexualidade, Política:** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade 1. A Vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, M. Soberania e Disciplina. Curso do *Collège de France*, 14 de janeiro de 1976. *In*: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GRAMSCI, A. **Os Intelectuais da Cultura**. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

HABERMAS, J. O conceito de poder de Hannah Arendt (1976). *In:* Freitag, B. e Rouanet, S. P. (Orgs.). **Habermas:** São Paulo: Ática, 1980.

HAN, Byung-Chul. **O que é Poder?** Tradução de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Topología de la Violencia**. Tradução Paula Kuffer. Barcelona: Herder, 2016.

JAMAL, S**. Descentralização e democracia local: mecanismos de participação e prestação vertical de contas dos governos locais em Moçambique – Os Conselhos Consultivos Locais**. 2014. 85f. Dissertação (Mestrado em Roads to Democracies - Democracia e Governação) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

LACLAU, E; MOUFFE, C. **Hegemonia y Estratégia Socialista. Hacia uma Radicalización de la Democracia**. Madrid: Siglo XXI, 1987.

POULSON, L. **As Autarquias Locais e as Autoridades Tradicionais no Direito Angolano: esboço de uma teoria subjectiva do poder local**. Luanda: Casa das ideias, 2009.

REVEL, J. **Michel Foucault: Conceitos Essenciais**. São Carlos: Claraluz, 2005.

SANTOS, P. R. A Concepção de Poder em Michel Foucault. **Especiaria - Cadernos de Ciências Humanas**. v. 16, n. 28, jan./jun. p. 261-280, 2016.

SILVA, D. O. A Continuidade como Conceito do Poder. **Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**, v. 12, n. 1, p. 199-204, jan./jun, 2019.

SOUZA, W. L. Ensaio sobre a Noção de Poder em Michel Foucault. **Revista Múltiplas Leituras**, v. 4, n. 2, 2011, 2011.

Universidade Eduardo Mondlane (UEM). Departamento de História. **História de Moçambique Volume 1: Primeiras Sociedades Sedentárias e Impacto dos Mercadores***,* Maputo: Cadernos TEMPO, 1982.

WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Brasília/ São Paulo: Editora da Universidade de Brasília, Editora UnB/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WEBER, M. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. *In*: **Metodologia das Ciências Sociais:** São Paulo/Campinas: Cortez/Ed. da UNICAMP, 2016.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

WUNSCH, J. & OLOWU, D. **Local Governance in Africa. The Challenges of Democratic Decentralization.** Boulder and Londres, Lynne Rienner Publishers, 2005.

ZAVALE, G. J. B. **Municipalismo e Poder Local em Moçambique**. Maputo: Escolar Editora, 2011.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
CAPES
ISSN 2177-7837

Evolução histórica da gestão de riscos e desastres às inundações em União da Vitória, Estado do Paraná

Historical evolution of risk and disaster management to floods in União da Vitória, State of Paraná

Larissa Maria da Silva Ferentz
Doutoranda em Gestão Urbana (PUC-PR)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Curitiba, Paraná, Brasil
E-mail: ferentzengenharia@gmail.com

Carlos Mello Garcias
Doutor em Engenharia Civil (USP)
Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Curitiba, Paraná, Brasil
E-mail: carlos.garcias@pucpr.br

Resumo: Os impactos negativos resultantes de desastres nas cidades tem sido uma das maiores problemáticas enfrentadas pelos gestores locais. Por isto, eles têm incorporado a gestão de riscos e desastres em suas atividades, a fim de praticar a prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação em suas áreas setoriais. O objetivo desta pesquisa foi analisar a evolução histórica da gestão de riscos e desastres de União da Vitória, no estado do Paraná. O método, pesquisa bibliográfica, teve análise de planos, legislações e entrevistas. Os resultados foram organizados para abranger o antes e depois das 3 grandes inundações do município: 1983, 1992 e 2014. Com a ocorrência do evento de 1983, o município foi altamente impactado, sendo até hoje a maior mancha de inundação que atingiu a cidade. No entanto, não se acreditava que isto acontecesse novamente, e em menos de 10 anos depois, uma nova inundação atingiu União da Vitória. Percebe-se que esta nova ocorrência, voltou o olhar de diversas empresas e pesquisadores para tentar solucionar o problema do município. Dentre as medidas adotadas, está a criação do Parque Ambiental, o qual realocou centenas de famílias que viviam no entorno do Rio Iguaçu. Esta medida, auxiliou os gestores locais na inundação de 2014, onde foi observado que o histórico de inundações fortificou a população ao longo do tempo quanto a resposta e recuperação destes eventos. Além disto, ressalta-se a importância de conhecer a história local perante as principais inundações, para então compreender quão resiliente a desastres União da Vitória é atualmente.

Palavras-chave: Gestão de Riscos e Desastres. Proteção e Defesa Civil. Paraná.

Abstract: The negative impacts resulting from disasters in cities have been one of the biggest issues faced by local managers. Therefore, they have incorporated risk and disaster management into their activities in order to practice prevention, mitigation, preparedness, response and recovery in their sectoral areas. The objective of this research is to analyze the historical evolution of risk and disaster management of União da Vitória, in the state of Paraná. The method, bibliographic research, had analysis of plans, legislations and interviews. The results were organized to cover the before and after the 3 major floods of the municipality: 1983, 1992 and 2014. With the occurrence of the 1983 event, the municipality was highly impacted, and to this day it is the largest flood spot that has hit the city. However, it was not believed that this would happen again, and in less than 10 years later, a new flood hit União da Vitória. It is noticed that this new occurrence, turned the eyes of several companies and researchers to try to solve the problem of the municipality. Among the measures adopted, is the creation of the Environmental Park, which relocated hundreds of families that lived in the surroundings of the Iguaçu River. This measure helped local managers in the 2014 flood, where it was observed that the history of flooding fortified the population over time as the response and recovery of these events. In addition, it emphasizes the importance of knowing the local history in the face of major floods, so as to understand how resilient the disasters União da Vitória is today.

Keywords: Risk and Disaster Management. Protection and Civil Defense. Paraná.

Data de recebimento: 11/03/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

A cada ano cresce o número de pessoas vivendo em situação de vulnerabilidade nas cidades, principalmente fruto das consequências do processo de urbanização. Tal processo tem resultado em impermeabilização do solo, canalização dos rios, ocupações irregulares e assentamentos urbanos precários, os quais agravam a situação das moradias localizadas em áreas suscetíveis a riscos. Como consequência, tem-se uma maior probabilidade de ocorrência de eventos extremos e de seus impactos negativos resultantes (MORENO; OYEYINKA; MBOUP, 2010).

Embora estas situações sejam problemas atuais, elas vêm se desenvolvendo ao longo do tempo. Enquanto que na década de 40 as áreas urbanas representavam 26%, pouco mais de meio século depois esse número já chegava a 80%. Dessa forma, ressalta-se que os "altos índices de densidade populacional configuram-se como uma causa significativa de riscos em locais onde a qualidade de vida, infraestrutura e serviços essenciais são escassos" (ONU, 2010, p.8).

Na década de 60 o número de pessoas afetadas por desastres naturais foi duas vezes maior que na anterior. Ao passo que na década de 70 teve um quadro, ainda, pior, com um número seis vezes maior nos casos de óbitos. Neste mesmo período as inundações atingiram 15,4 milhões de pessoas no mundo. Em observância a estes casos, afirma-se que os maiores números de vítimas estão relacionados tanto com os países mais pobres, quanto com as populações que se encontram em áreas de risco e em situações de vulnerabilidade social (BRUNDTLAND *et al*., 1987).

A partir dos anos 80 o olhar se volta para as consequências que os desastres causam nas cidades. Fato que levou a Assembleia Geral da ONU instituir o dia 13 de outubro como o Dia Internacional para a Redução de Desastres, a fim de buscar a conscientização da população, organizações e governos quanto à necessidade do desenvolvimento de programas e ações que contribuam para a prevenção e redução do risco de desastres. Por meio da prevenção, mitigação e preparação é possível diminuir as vulnerabilidades e aumentar a capacidade de antecipação e resposta quanto à ocorrência de catástrofes (PNRRC, 2017).

No Brasil os riscos de desastres se agravaram em decorrência do processo de urbanização desordenado e da falta de fiscalização perante as legislações, principalmente quanto ao zoneamento e uso e ocupação do solo. Estas situações podem ser evitadas com o apoio dos gestores municipais, a fim de se prevenir danos, prejuízos econômicos e perdas de vidas humanas. Por isto é importante que a Gestão de Riscos de Desastres (GRD) – com suas fases de prevenção, mitigação, preparação, resposta e reconstrução – seja integrada nos processos organizacionais e de decisão dos municípios, reforçando a importância quanto à prevenção dos impactos negativos resultantes destes eventos (PINHEIRO, 2015).

O cenário da gestão do risco de desastres congrega, portanto, a urgência na prevenção frente ao aumento da ocorrência e da intensidade de eventos extremos, o descompasso entre a gestão preventiva demandada pela recente legislação e a estrutura tecnocêntrica de ações corretivas da Defesa Civil, a vulnerabilidade de populações em áreas de risco e a participação social limitada à apropriação de conteúdos tecnocientíficos e comportamentos de adaptação para convivência com o risco (SULAIMAN, 2014).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Estes fatores representam a necessidade do compromisso que os governos devem ter com as cidades, a fim de se permitir a tomada de decisões efetiva para a redução e prevenção de perdas humanas em caso de desastres. Isto pode ser realizado por meio de desenvolvimento sustentável integrado e da capacitação de pessoas mais resilientes (ONU, 2010).

O objetivo do presente artigo é analisar a evolução histórica que a gestão de riscos e desastres do município de União da Vitória teve ao longo dos anos, em decorrência às maiores e mais frequentes inundações do estado do Paraná.

1 Gestão de riscos e desastres às inundações

Milhões de pessoas são atingidas por ano no mundo em decorrência de desastres naturais, conforme o *Centre for Research on the Epidemiology of Disasters* (CRED). As maiores ocorrências pertencem aos eventos hídricos (inundações, enxurradas e alagamentos), que representam 42% dos registros históricos. Em seguida, estão os desastres meteorológicos (37%), geofísicos (14%) e climatológicos (7%) (CRED, 2018).

Nos registros brasileiros, os eventos hidrológicos resultam nos maiores índices de exposição (67,5%), morbidade (63,5%) e mortalidade (44,8%). As inundações representam 33% das ocorrências no país, com quase 40 milhões de pessoas afetadas. Destaca-se que, desde 1990 a sua frequência tem aumentado, com as maiores ocorrências registradas nas regiões Sudeste (31,5%), Nordeste (28%) e Sul (22,6%) (FREITAS *et al.*, 2014).

Em decorrência à alta periodicidade de desastres hídricos no Brasil, a Constituição Federal de 1988, institui que é de responsabilidade da União planejar e adotar ações que assegurem a minimização de calamidades públicas, especialmente em relação às inundações. Em decorrência disso, em 2000 foi criada a Agência Nacional de Águas (ANA), a fim de se implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH). É seu dever promover medidas que previnam os efeitos das inundações nos Estados e Municípios.

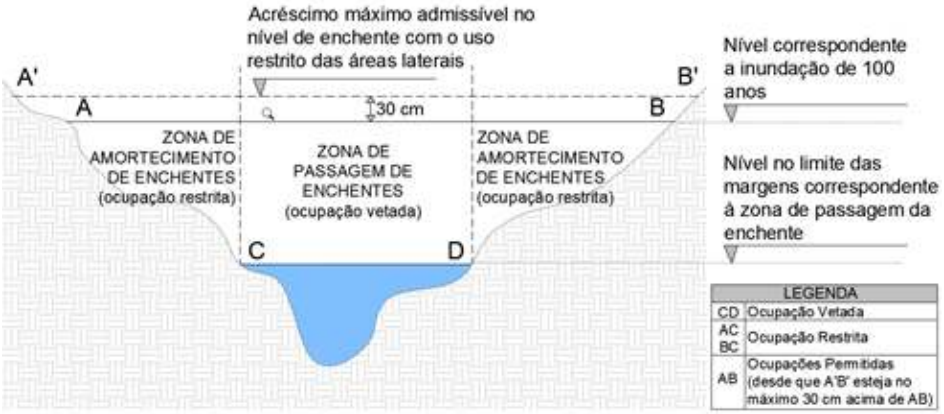
As agências nacionais têm destacado a importância da adoção de drenagem urbana sustentável, com vistas a reduzir os impactos relacionados a alagamentos, e do agravamento de inundações e enxurradas. O problema é que ainda existem muitos obstáculos relacionados à hidrologia no país, não apenas com questões de higiene e saneamento, mas também com as dúvidas quanto às competências hídricas. Seja referente aos interesses políticos de municípios que pertencem à mesma Bacia Hidrográfica, quanto à competência legislativa estadual ou federal ou ainda, em relação à atuação despreparada dos gestores para a administração das águas. São estas questões que retrocedem o desenvolvimento sustentável, sendo necessário que a gestão urbana interaja de forma ativa com a gestão dos recursos hídricos e de riscos e desastres (GALINDO, 2009).

No Paraná, são 709 casos de inundação registrados de 1980 até o início de maio de 2020. Estes desastres atingiram 273 municípios, afetando 282.750 pessoas. Em média, são 68 mil casos de desalojados, 167 mil desabrigado, 122 feridos e 32 óbitos. Ao todo, o prejuízo econômico resultante desses eventos é de 385,2 milhões de reais. Cabe destacar ainda que destas ocorrências, 44 registros obtiveram decretação de situação de emergência e 3 decretações de estado de calamidade pública (ECP) (BI-CEPDEC, 2020).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

A partir do exposto, observa-se que o estudo da ciência da hidrologia é extremamente importante para a busca de soluções relacionados aos problemas de uso da água, infraestrutura eficiente e redução dos riscos de desastre. Esta ciência estuda o comportamento hidrológico, a distribuições das águas, suas propriedades físicas e químicas, além do controle de cheias, enchentes e inundações (Figura 1) (TUCCI, 2005).

Figura 1 – Representação das áreas de enchente e inundação



Fonte: adaptado de CH2MHILL (2002).

Em resumo, as cheias representam a elevação da vazão do corpo hídrico, o que aumenta o seu nível. As enchentes, são cheias temporárias que atingem o nível máximo do canal, até o seu leito maior. E, as inundações, são o extravasamento das águas para a planície de inundação. É importante destacar que, estas definições se referem à processos naturais. Eles são considerados desastres quando as águas atingem infraestruturas e pessoas, causando danos, perdas e prejuízos, materiais e humanos. Deste modo, considerando o leito do rio, observa-se que no desenvolvimento das cidades, o meio urbano se instala nas planícies de inundação, enquanto que as ocupações irregulares tendem a se instalar no leio maior. Ou seja, os desastres de inundação podem ocorrer, tanto nas regiões de enchente, quanto nas de planície de inundação, desde que resulte em danos e prejuízos.

Outro conceito que é alvo de dúvida na ciência hidrológica, se refere à diferença entre inundações graduais, inundações bruscas (enxurrada) e alagamento. As inundações graduais, ocorrem como resultado de chuvas prolongadas, que fazem a vazão dos rios aumentar e transbordar para as áreas planas ou de várzea. Essa situação ocorre lentamente, deixando de ser enchente com o extravasamento da cota máxima do rio. As inundações bruscas, ou enxurradas, dependem da associação entre a precipitação e as condições físicas da região. Neste caso, o escoamento ocorre de forma rápida, sendo agravado ainda, pela impermeabilização do solo e drenagem insuficiente. Por fim, os alagamentos ocorrem com a associação das chuvas e a insuficiência ou inexistência do sistema de drenagem urbano, devido à capacidade de suporte do solo quanto a infiltração das águas (CENAD, 2012).

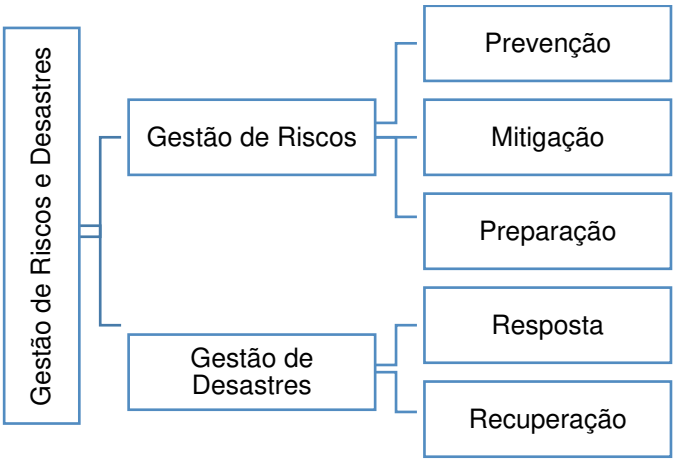
Observa-se que sem o planejamento adequando da infraestrutura urbana, juntamente a medidas restritivas de uso e ocupação do solo, o resultado será em desastres com altos prejuízos econômicos, sociais e ambientais para os municípios. Por isto a adoção de diretrizes da Gestão de Riscos e Desastres (GRD) é essencial, sendo que suas etapas podem auxiliar os gestores locais em uma preparação e resposta mais efetiva a eventos extremos. Segundo a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, a GRD é formada por cinco fases, sendo prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação (FIGURA 2). Cada uma das etapas é

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

composta por medidas corretivas ou prospectivas, ou seja, ações realizadas sobre riscos existentes ou, quando eles são identificados durante o planejamento (FURTADO, 2012).

A etapa de prevenção, consiste na identificação dos riscos, por meio da caracterização do município; desenvolvimento de novas políticas e legislações; e identificação e mapeamento das vulnerabilidades e riscos locais. A mitigação visa reduzir os impactos negativos resultantes da ocorrência de eventos extremos, sejam com medidas estruturais, como a construção de barragens ou com medidas não estruturais, como a realocação de pessoas que vivem em áreas de risco. A última etapa da gestão de riscos, preparação, lida com o treinamento e capacitação dos gestores e principalmente, das comunidades, a fim de reduzir as perdas e danos durante os desastres (PINHEIRO, 2017).

Figura 2 – Etapas da Gestão de Riscos e Desastres



Fonte: Elaborado pelos autores.

A etapa de resposta consiste na eficiência das ações a serem realizadas durante a ocorrência de um evento extremo. Nela são avaliadas o desenvolvimento estratégico das equipes, assim como as mobilizações e organização, visando minimizar as perdas humanas. Por fim, a gestão de desastres também é composta pela recuperação, que lida com as decisões e medidas adotadas pelos gestores após o desastre. Nesta etapa, o foco é na restauração das comunidades e na adoção de estratégias para reduzir os riscos (PINHEIRO, 2017).

É importante destacar que todo este processo, previsto na Lei 12.608/12, foi pensado para auxiliar os municípios a lidarem com situações de emergência ou estado de calamidade pública em decorrência dos impactos que afetam as cidades. Para auxilinar na implementação destas etapas, foi adotado o termo resiliência. A resiliência busca a integração multisetorial, indo de encontro ao previsto pela Política Nacional de Defesa Civil. Com a sua instituição, diversas leis foram alteradas, a fim de se tornar parte integrante dos diferentes setores da sociedade. Desta forma, haverá uma maior organização, preparação e adaptação local, visando a redução de riscos (FOLKE *et al.*, 2002).

A redução do risco de desastres ocorre quando políticas e medidas de minimização de vulnerabilidade são estabelecidas nos municípios, considerando as características de cada região. Cada território está sujeito a diferentes tipos de ameaça, fazendo com que os gestores tenham de adotar diferentes estratégias para que o processo seja eficiente e também, participativo. Deste modo, para reduzir os riscos, é necessário treinar as comunidades para o enfrentamento das ameaças. Apenas com integração entre a população, áreas setoriais e

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

organizações será possível implementar a gestão de forma organizada, garantindo assim, a promoção da cultura de redução de riscos (FURTADO, 2012).

Nesse sentido, os gestores municipais são fundamentais, pois são o contato entre a população e os governantes – estaduais e da União. São eles os responsáveis por compreender as características, vulnerabilidades e ameaças em que seus munícipios estão inseridos, definindo instrumentos e diretrizes para monitorar e implementar ações. Isso resulta em eficiência no desenvolvimento estrutural e na capacidade de desempenho das articulações institucionais (MCGILL, 2001). Todo este processo se resume na capacidade que as comunidades possuem para enfrentar os riscos e ameaças, diminuindo os impactos negativos quando os desastres ocorrem. Para isto, são necessárias medidas estruturais e não estruturais, na forma organizacional, administrativa e operacional (UNISDR, 2010).

2 Implementação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil em nível municipal

A Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) foi instituída pela Lei Federal 12.608 de 2012, pelo Sistema e Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC/CONPDEC). O seu principal objetivo é implementar a gestão de riscos e desastres nas diversas áreas setoriais do Brasil, articulando a União e o Distrito Federal com os estados e municípios. Segundo a presente lei, ela deve ser integrada às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, com vistas à promoção do desenvolvimento sustentável.

A integração entre a gestão de riscos de desastres com todos os setores da sociedade pode ser realizada, em primeiro momento, por meio da institucionalização de uma estrutura política e legislativa. Para isto é importante que se estabeleça um quadro legislativo quanto à resiliência e redução de riscos, tendo como principais atribuições a identificação das restrições e obrigações do planejamento, das legislações e regulamentos; o aperfeiçoamento dos presentes ofícios, assim como a criação de novas leis, considerando os fundamentos da resiliência; e a atualização dos padrões até então estipulados nos diversos setores, considerando as análises de minimização de riscos (ONU, 2012).

O investimento perante estas medidas se faz necessário quando há a necessidade em se regulamentar a redução de riscos de desastres locais. É importante analisar as ações que devem ser tomadas para que não haja a interferência no alcance do objetivo (Quadro 1). Por isso, a integração entre os planos e o orçamento do governo também deve ocorrer, assim como, que se busque por incentivos externos para o auxílio na complementação de renda e na promoção das atividades (ONU, 2012).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Quadro 1 – Planejamento de Redução de Riscos de Desastres

Construção e Planejamento de Regulamentos que Facilitam a Redução de Riscos de Desastres Locais	Construção e Planejamento de Regulamentos que Impedem a Redução de Riscos de Desastres Locais
Atribuições nacionais que delegam responsabilidades ao governo local para práticas seguras de construção (enquanto contribuem com conhecimento técnico especializado e recursos para implantar planos e cumprir regulamentos de construção).	Padrões de segurança de construção e instrumentos para posse de terra impossíveis ou inviáveis para pessoas de baixa renda.
Reconhecimento pelo governo local das necessidades dos pobres e responsabilidade com eles.	Desigualdades de acesso à terra e moradia.
Planos, códigos e padrões desenvolvidos com a inclusão da perspectiva dos investidores, moradores e diversas comunidades.	Despejos forçados ou redução de segurança no que diz respeito à posse dos habitantes de assentamentos informais.
Reconhecimento dos processos informais de construção e motivação para práticas seguras de construção por meio da educação e militância.	Regulamentações que falham ao considerar as realidades de terreno, que ignoram as densidades urbanas, que proíbem a construção de pequenas habitações ou áreas de trabalho, que não permitem o uso de materiais alternativos mais acessíveis.
Flexibilidade nos quadros regulatórios para acomodar mudanças econômicas, ambientais e densidade de construção.	

Fonte: adaptado de ONU (2012).

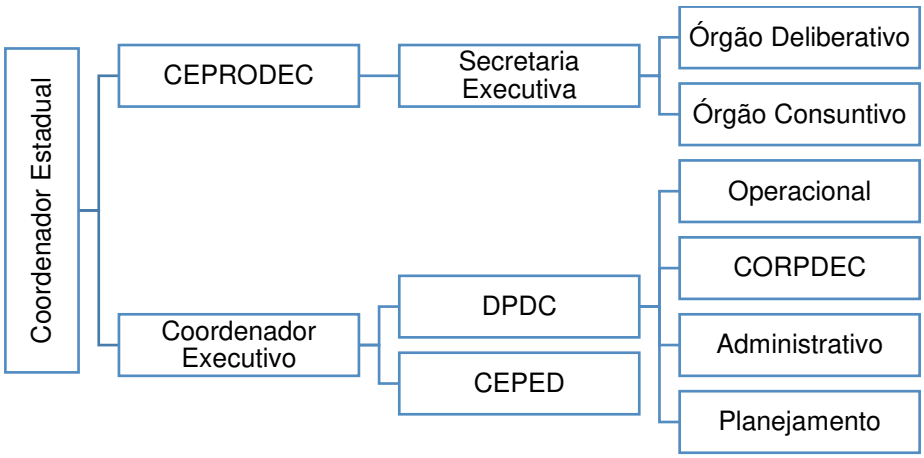
Esta estrutura pode facilitar as relações do governo com a comunidade para as tomadas de decisão, possibilitando a participação mais efetiva e multidisciplinar. Por isso, que os gestores devem realizar as prestações de contas de forma transparente e participativa, tendo sempre como principal objetivo a redução de riscos de desastres (ONU, 2012). As pessoas também se sentem mais seguras quando há uma relação entre a comunidade e os agentes de defesa civil. Estas relações podem ser mais fortes quando são elaborados projetos de atividades contínuas com a população como os Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), os programas de saúde da família e os agentes comunitários (OLIVEIRA *et al*., 2013).

Portanto, é imprescindível que os gestores tenham conhecimento sobre cada uma das etapas pertencentes à gestão de riscos e desastres (GRD). No Estado do Paraná, a Coordenadoria Estadual de Defesa Civil foi criada em 1972, passando a ser de reponsabilidade da Casa Militar em 1992. A atual estrutura do Sistema Estadual de Proteção e Defesa Civil (SEPDEC) é regulamentada pelo Decreto 9.557 de 2013 (Figura 3).

Para o monitoramento e adoção de novas medidas de mitigação de riscos, é necessária a realização de registros dos eventos que atingem os diferentes municípios do estado. Por isso, a Proteção e Defesa Civil do Paraná realiza a coleta de informações por meio dos Formulários de Informação dos Desastres (FIDE), que podem ser acessados no Sistema de Defesa Civil (SISDC) e no *Business Intelligence* (BI). Estes dados, criam um banco histórico com a evolução dos eventos extremos, permitindo realizar caracterização de cada município.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Figura 3 - Estrutura do Sistema Estadual de Proteção e Defesa Civil



Fonte: Elaborado pelos autores.

Esses formulários obedecem a Instrução Normativa nº 02 de 2016, que estabelece os critérios para determinar a necessidade de decretação de situação de emergência ou de estado de calamidade pública, assim como dos procedimentos que devem ser realizados. Outro instrumento, utilizado é o Plano de Contingência. O presente plano foi instituído juntamente à Lei 12.608/12, visando registrar o planejamento das ações e dos procedimentos que devem ser postos em prática durante a ocorrência de desastres. É nesse documento, que os gestores realizam a identificação das áreas de atenção dos municípios, e definem os contatos, para recursos materiais e humanos, necessários à resposta de eventos extremos.

A partir desse cenário, o governo reconhece a importância da criação de órgãos específicos de Proteção e Defesa Civil Municipais, a fim de coordenar as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e reconstrução com profissionais qualificados e recursos necessários na ocorrência de eventos em âmbito local. A formação de um órgão oficializa o planejamento e as ações de mobilização, tornando possível também o recebimento de verbas para investir no gerenciamento dos riscos locais (OLIVEIRA *et al*., 2013).

Cada município deve instituir a lei de criação dos órgãos locais de Proteção e Defesa Civil, realizado também, a divulgação do Decreto de Regulamentação da Lei. Ainda é necessário a formulação de portarias com a nomeação dos membros integrantes, sendo importante que os coordenadores mantenham contato com os órgãos municipais das cidades vizinhas. Desta forma, é possível integrar os sistemas de monitoramento e alerta, e compartilhar os relatórios de risco para a formulação de ações conjuntas. Estas relações também devem ser consideradas nos níveis estaduais e federal (OLIVEIRA *et al*., 2013).

Dentre as atribuições do coordenador municipal de proteção e defesa civil, está a identificação das ameaças locais, a fim de elaborar planos e ações para minimizar ou eliminar os riscos de desastres. Além disto, eles também devem definir os sistemas de alarme e alerta das suas comunidades, orientando a população sobre o que fazer na ocorrência dos eventos. Ressalta-se que o coordenador deve ter capacidade técnica em gerenciamento de desastres, apresentar contato direto com o prefeito do município, tenha boas relações com os setores da administração e tenha disponibilidade integral para lidar com a atuação de desastres (OLIVEIRA *et al*., 2013; ONU, 2012).

Mas além do coordenador municipal, é necessário que haja uma equipe qualificada para atuar nas situações de desastre, anteriormente ou após a ocorrência. Esta equipe deve ser o apoio dos processos, seja

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

pela disponibilidade de pessoas, recursos ou avaliações locais. Por isso, ela deve ser escolhida com cuidado, de maneira multidisciplinar e, preferencialmente, que já tenha experiência na área (SIMIANO, 2017). Dentre as responsabilidades da equipe, está a identificação e mapeamento dos riscos do município, sendo importante utilizar os recursos e tecnologias disponíveis, como imagens locais, satélite, projetos de avaliação, dentre outros. São essas informações que possibilitarão a redução de vulnerabilidades sociais e ambientais, e a preparação da população quanto o enfrentamento dos eventos (OLIVEIRA *et al*., 2013).

No entanto, não importa a quantidade de pessoas ou sua capacitação se não houver recursos disponíveis. O órgão municipal deve possuir um espaço físico específico com todos os equipamentos necessários (OLIVEIRA *et al*., 2013). Infelizmente, sabe-se que o atual cenário do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil não vai de encontro com esta realidade, pois os recursos são escassos e a qualificação dos quadros técnicos são baixas na maioria dos municípios brasileiros. Além disso, ainda existe uma grande rotatividade de pessoas nos cargos públicos, principalmente em anos de eleição, resultando em acúmulos de cargo que não permitem a atenção total ao gerenciamento de riscos. Dessa forma, falhas de fiscalização ocorrem, aumentando as ocupações irregulares e, consequentemente, os impactos ambientais e sociais (PNUD, 2012).

Nesse sentido, é importante que pelo menos os coordenadores tenham o total domínio dos conceitos, legislações e regulamentos da área de riscos de desastres, assim como, um perfil comunicativo para uma maior facilidade de interação com a comunidade local, na gestão integrada municipal e intermunicipal e nas ações de prevenção em todas as fases do processo. Eles também devem estar sempre atualizados quanto ao tema, de modo que se possa aplicá-lo diariamente (OLIVEIRA *et al*., 2013; SIMIANO, 2017).

Observa-se que a redução dos riscos de desastres pode ser alcançada com a promoção de capacitações para a convivência com o risco, pois a partir do momento em que a sociedade é treinada quanto às ameaças e em como devem se comportar em situações de emergência, a redução nos danos será perceptível. Por isto, não basta investir apenas em infraestruturas e sistemas de última geração, sendo que um dos primeiros passos se iniciam com a educação da população local (OLIVEIRA *et al*., 2013).

A partir do momento em que as comunidades e a gestão entendam a necessidade do trabalho conjunto para a efetividade das ações de preparação e resposta, a sustentabilidade poderá ser alcançada. Afinal, a responsabilidade quanto aos desastres que ocorrem nos municípios não é única e exclusiva dos coordenadores de proteção e defesa civil. Cada pessoa possui a obrigação de contribuir com a redução dos riscos locais (ONU, 2012).

3 Metodologia

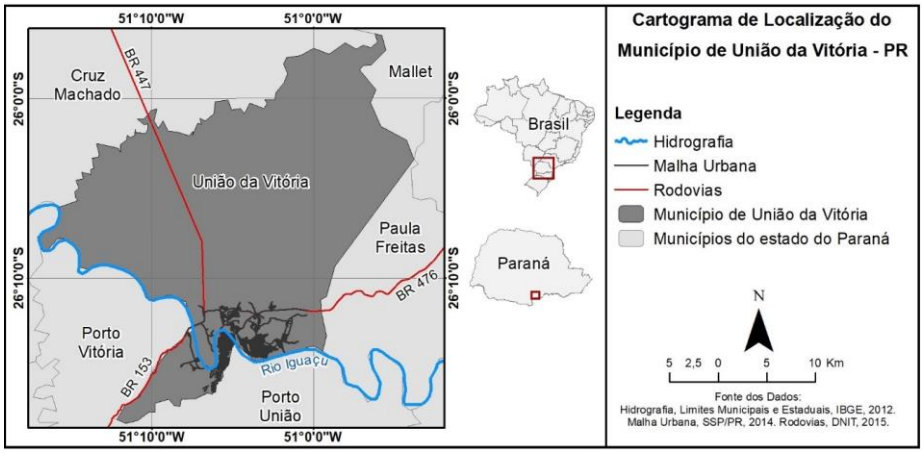
O presente artigo foi elaborado a partir de um estudo de caso, a fim de compreender os fenômenos históricos, as características locais e os desastres em nível político, setorial e social. A metodologia adotada é de caráter qualitativo descritivo, visando expor as medidas adotadas pelas intuições ao longo do tempo, e apresentar as evoluções da cidade a cada nova inundação (GIL, 2002).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

A determinação da amostra da pesquisa foi realizada a partir da busca pelo município do estado do Paraná que constitui o maior número de ocorrências por desastres de inundação. Deste modo, o município a ser analisado se refere à União da Vitória, localizado no sudeste do estado (Figura 4), com 32 ocorrências, 76.035 pessoas atingidas, 7 óbitos e 7 casos de situação de emergência ou estado de calamidade pública (BI-CEPDEC, 2020).

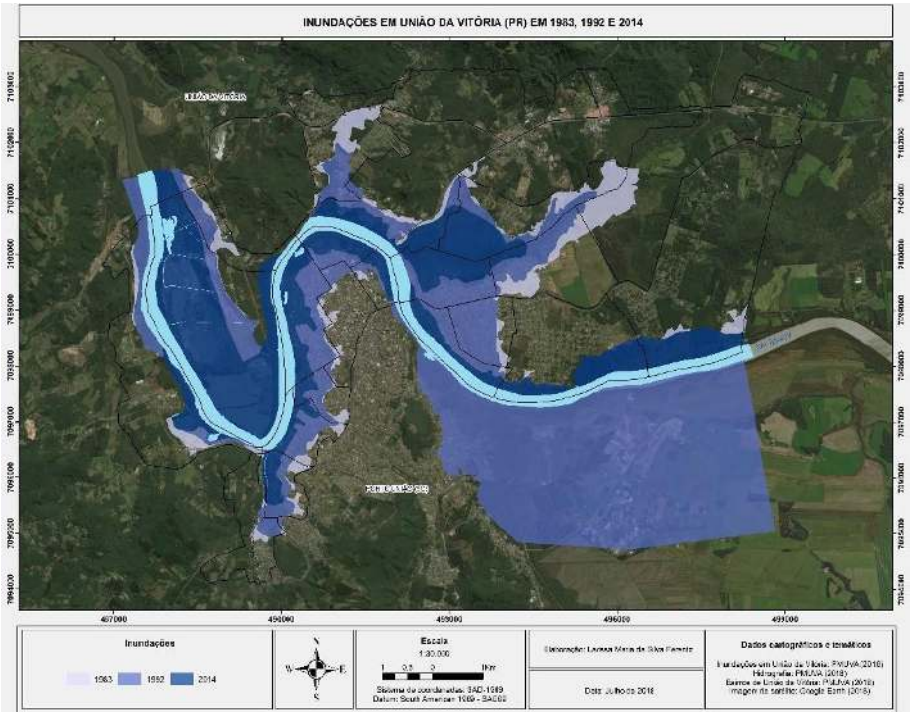
A fim de compreender as ações desenvolvidas ao longo tempo pelos gestores de União da Vitória frente aos desastres de inundação do município, a presente metodologia foi estruturada com levantamento fotográfico, entrevistas locais e na análise de legislações, planos e documentos. As grandes cheias chegam ao município em média a cada 10 anos e é por meio da análise histórica, com ênfase nos eventos de 1983, 1992 e 2014 (Figura 5), que se apresentará a evolução das ações quanto a Gestão de Riscos de Desastres de União da Vitória, para que só então, seja possível compreender o atual perfil de Proteção e Defesa Civil Municipal, frente aos desastres de inundação.

Figura 4 – Localização de União da Vitória



Fonte: Elaborado pelos autores.

Figura 5 - Manchas das Inundações de 1983, 1992 e 2014



Fonte: Elaborado pelos autores a partir de PMUV (2018a).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Primeiramente, foram realizadas entrevistas com os gestores locais da coordenadoria municipal de proteção e defesa civil e das áreas setoriais, a fim de se coletar o máximo de informações sobre a história da cidade e de sua relação com as enchentes do rio Iguaçu. A partir do conhecimento e das experiências foi possível construir o histórico de evolução de União da Vitória, destacando as medidas estruturais e não estruturais realizadas ao longo do tempo. Cabe destacar que além das entrevistas, também foram analisadas reportagens escritas e faladas, fotografias e documentos publicados.

Além disto, a base legislativa municipal (leis, normativas e regulamentos) e os Planos existentes no município, também foram examinados para verificar a existência de aspectos relacionados aos desastres naturais e humanos. Destaque especial ao Plano de Contingência que é o instrumento de preparação elaborado para a resposta a eventos extremos. Ou seja, não só é pertencente aos processos de gestão de risco (prevenção, mitigação e preparação), como também pertence à gestão de desastres (resposta e recuperação).

4 Resultados e discussões

4.1 Caracterização de União da Vitória e sua relação com a gestão de riscos e desastres

A relação de União da Vitória com a Gestão de Riscos de Desastres se inicia com os aspectos físicos em que ele está localizado. O município é como uma represa natural, tendo em vista as características da formação rochosa do rio Iguaçu. Outro ponto que contribui com as áreas alagadiças da região, é a pouca declividade do rio por todo o trecho de União até Porto Vitória, onde o escoamento é maior (SEC-CORPRERI, 1999). No entanto, não são apenas estas propriedades que influenciam diretamente nos desastres do município, uma vez que toda a área passou por processos políticos ao longo do tempo.

O surgimento do município foi influenciado pelas tropas de gado que precisavam de um ponto de parada entre Palmas e Palmeira. A região denominada inicialmente como Porto União foi descoberta no ano de 1842, servindo também para embarque e desembarque do trânsito fluvial (SILVA, 1933). Com o fim da Guerra do Contestado, quase 30 anos depois, foi assinado o Tratado de Limites, separando o município em duas partes: Porto União, pertencente à Santa Catarina e União da Vitória, pertencente ao estado do Paraná (PMUV, 2018b). Por meio dos registros fotográficos de Claro Gustavo Jasson, sobre a Guerra do Contestado, é possível observar o início da estabilização das famílias em frente ao rio Iguaçu (Figura 6).

A problemática da urbanização quanto às inundações se deu, primeiramente, a partir desta guerra, de tal forma que União da Vitória perdeu grande parte das terras com altitude elevada nesta separação. Desde então, o desenvolvimento do município se deu de maneira progressiva, completando em 1990, o centenário da Emancipação Política. Durante muito tempo, o município manteve-se em contato com outras cidades apenas por barcos e por sua ponte férrea de 1906. Devido às dificuldades impostas pela falta de rodovias, Manoel Ribas, Governador do Estado do Paraná, autorizou a construção de uma ponte rodoviária para a cidade. A ponte dos Arcos foi inaugurada em 1944, servindo como uma oportunidade para a expansão do local (PMUV, 2018b).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Figura 6 - Residências nas proximidades do rio Iguaçu 1912 - 2018



Fonte: Elaborado pelos autores, adaptado parcialmente de Jansson (1912).

Durante a construção da ponte, foi realizado o aterramento dos terrenos no entorno da Avenida Manoel Ribas, resultando no início da urbanização da cidade com a ocupação das margens do rio Iguaçu. Porém, este não foi o único motivo que influenciou a instalação de residências e comércios locais. No ano de 1952, transferiram o Colégio Túlio de França para as proximidades da Ponte, com o intuito de valorizar a região. Este fator contribuiu para o crescimento do bairro por meio de aterramentos cada vez mais próximos ao rio (MALSCHITZKY, 2018).

Ao observar o Marco das Cheias do Rio Iguaçu, tem-se a presença histórica de grandes enchentes em 1891, 1905, 1911 (SILVA, 1933), 1935, 1957 e 1970 (FRANÇA, 1983). Após este período, até 1982, apenas inundações pequenas foram registradas. De todo modo, estas ocorrências não foram consideradas frente às decisões políticas que resultaram no povoamento das partes planas, próximas ao Iguaçu. Com este fato é possível afirmar que não só as pessoas se esqueceram das enchentes, como também os órgãos públicos competentes deixaram de olhar os acontecimentos do passado, pensando apenas no progresso futuro da cidade (SEC-COPPRERI, 1999).

Foi esta “falsa sensação”, de que as cheias não alcançariam maiores volumes, que resultou no maior impacto sofrido pela população de União da Vitória em julho de 1983 devido a ocupação das áreas ribeirinhas (SEC-CORPRERI, 1999). A partir desta década, a frequência e a intensidade das inundações têm se mostrado de forma padronizada, com grandes cheias a cada 10 anos, médias a cada 3 e as menores anualmente (NHOATO, 2018).

Até o ano de 1982 ocorriam pequenas inundações no município, porém, em um período de 10 anos posteriores, o prejuízo econômico chegou a 160 milhões de dólares. A principal causa levantada na época para justificar a frequência e intensidade dos desastres foi a construção da barragem de Foz do Areia, localizada a 27 km da cidade (TUCCI, 2013). Entretanto, hidrelétricas bem projetadas podem auxiliar na regulação do volume de água dos rios, o que volta o olhar para o crescimento populacional de uma área de cheias. O evento de 1983, o qual resultou 3 perdas humanas, inundou a cidade quase por completo (Figura 7).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Figura 7 - Escoamento normal (à esquerda) e Inundação de 1983 (à direita)



Fonte: Tucci (2013).

As chuvas de julho de 1983 resultaram em uma carga hídrica adicional de 800mm, o que é equivalente a 6 meses de precipitação na região (WOEHL, 2013). O nível do rio teve seu pico (com mais de 10 metros) no meio da noite. O que evitou ter sido uma tragédia muito maior foi o trem que passou apitando para acordar as pessoas e os bombeiros que dirigiam pelas ruas com as sirenes ligadas (NHOATO, 2018).

Mais de 80% da cidade ficou submersa com a inundação (FRANÇA, 1983). As pessoas tiveram de permanecer em escolas e pavilhões de igreja, enquanto donativos chegavam do Brasil inteiro, pois os únicos meios de locomoção para sair da cidade eram os barcos, helicóptero ou a estrada de ferro (NHOATO, 2018). Destaca-se que não apenas a área urbana ficou inundada, como também as áreas rurais perderam toda a plantação durante os períodos de chuva e ficaram ilhados, sem comida e sem remédio, por não terem acesso à cidade. Foi só após a construção de trilhas por dentro da vegetação que foi possível conseguir mantimentos para os agricultores (PRZYSIEZNY, 2012).

Com um prejuízo de quase 80 milhões de dólares, muitas das empresas ainda sentem os efeitos por não terem conseguido recuperar seu capital para realização de investimentos (SEC-CORPRERI, 1999). A enchente levou 60 dias para baixar por completo. Este fator está relacionado a característica do Rio Iguaçu, sendo plano de sua nascente até 16 km a jusante de União da Vitória. Com isto, o rio sobe rapidamente e demora muito tempo para baixar, levando de 30 a 60 dias conforme a enchente (FRANÇA, 1983; NHOATO, 2018).

Após 1983, foram registradas 11 cheias do rio Iguaçu de pequeno porte até chegar o ano de 1992 (SEC-CORPRERI, 1999). Enquanto em 1983 o rio Iguaçu alcançou 10,42 metros com chuvas de 800 mm, em 1992 a inundação voltou a aparecer com 280 mm fazendo com que o nível do rio subisse rapidamente e atingisse a marca dos 9,80 metros (CAMARGO CORREA; LEVASSEUR; MANTOVANI, 2014). As pessoas ficaram abrigadas em salões e prédios da prefeitura, as estradas foram interditadas devido aos desmoronamentos e 70% das madeireiras ficaram submersas com o evento. O trem era o único meio de transporte utilizado para a movimentação de voluntários e distribuição de insumos (DALPÍCOLO, 1992).

Embora a inundação de 1992 tenha sido menor que a anterior, os danos foram muito parecidos. Com um prejuízo de 54,6 milhões de dólares, a enchente só baixou completamente 65 dias após o início da cheia

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

(TUCCI; VILLANUEVA, 1997). Com este desastre, a população se revoltou com as informações divulgadas pelos estudos técnicos de 1983. A probabilidade de ocorrência de uma cheia de grande magnitude seria de 100 anos, porém, só foram considerados 50 anos de dados, desconsiderando as ocorrências da marca histórica de inundação da cidade (TUCCI, 2005).

Este fator motivou a criação da Sociedade de Estudos Contemporâneos - Comissão Regional Permanente de Prevenção Contra Enchentes do Rio Iguaçu (SEC-CORPRERI), no ano de 1993. Se configurando como uma Organização Não Governamental, a SEC-CORPRERI se tornou o meio de comunicação e conscientização da população frente os entes municipais, estaduais e federais.

De acordo com o levantamento de registros do BI-CEPDEC, entre os anos de 1992 e 2014 ocorreram 20 inundações em União da Vitória com duas situações de emergências em 2009 e 2013, e um estado de calamidade pública em 2014 (BI-CEPDEC, 2020). No evento de 2014 as precipitações duraram dois dias, acumulando o equivalente à média mensal de dois meses. Este volume de precipitação fez com o que o nível do rio Iguaçu chegasse a 8,13 metros, sendo comparada com a inundação de 1992, onde a proporção de chuva foi a mesma. Uma das causas que não permitiu que o rio ultrapassasse esta altura foi a barragem Foz de Areia, a qual estava com a sua capacidade bem abaixo do nível máximo (KOMARCHESQUI, 2014).

Com a cidade isolada, toques de recolher e sem previsão de normalidade, foi decretado o estado de calamidade pública. Além dos prejuízos econômicos e dos danos às infraestruturas que precisaram do apoio do Estado para serem reconstruídas, as pessoas também precisaram do atendimento do curso de Psicologia da Universidade de Contestado (UnC), de União da Vitória (HONESKO, 2014). Segundo o Código de Ética Profissional do Psicólogo, os profissionais devem prestar serviço em caso de situações de emergência, “com o objetivo de trabalhar a percepção de risco, planos de evacuação, mobilização comunitária...” (CFP, 2016, p. 3-4).

Embora o nível do rio tenha sido menor que nos eventos de 1983 e 1992, e apenas 40% da cidade de União da Vitória tenha ficada submersa, o número total de afetados foi o maior de todas as inundações, passando de 12 mil pessoas (CAMARGO CORREA; LEVASSUR; MANTOVANI, 2014). Esse fator está diretamente relacionado à densidade urbana do município, que com o passar dos anos só aumentou. Com a prospecção imobiliária da região, o número de residências, comércios e indústrias cresceu 25,8% ao longo dos últimos 10 anos, atraindo mais pessoas para a região (IBGE, 2020).

Cada um destes eventos teve consequências negativas para a população, a qual reviveu as perdas de vidas, de bens materiais, além do grande prejuízo econômico para o município. Mesmo que estes números, de afetados e prejuízos, tenham sido maiores a cada ano, cada evento proporcionou ao governo uma chance para a fortificação das ações de prevenção e resposta aos desastres. Então quais mudanças foram realizadas ao longo dos anos? Entender a história se faz necessário para compreender o presente.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

4.2 Histórico das inundações

4.2.1 Ações pós-evento de 1983

O município de União da Vitória possui registros de ocorrências de desastres na Proteção e Defesa Civil do Paraná desde 1980, totalizando 66 incidentes com mais de 112 mil pessoas afetadas. Das 66 ocorrências, 32 estão relacionadas às inundações, tendo sete vidas perdidas durante a respectivas ocorrências (BI-CEPDEC, 2020). Com um histórico de eventos frequentes, o município teve de se preparar ao longo do tempo para o enfrentamento destes desastres, a fim de minimizar os riscos e os impactos negativos resultantes deles.

Os primeiros estudos realizados na região foram decorrentes da construção da Usina Bento Munhoz da Rocha Netto, também, conhecida como Foz de Areia. Sua construção se iniciou em 1975 até 1980, abrangendo um total de 4,59 km² de área alagada no município de União da Vitória (menos de 1% da sua área total) em cota 742 m (CASTANHARO, 2005).

O problema desta estimativa é que foram apenas considerados os níveis do Rio Iguaçu registrados no posto pluviométrico da cidade, ou seja, no período de 1930 até 1975 (CASTANHARO; BUBA, 2008). Mas, também, houve a ocorrência de cheias em 1891, 1905 e 1911, alcançando uma vazão acima dos 4000m³/s contra os 1500m³/s considerados na época (SILVA, 1933). Tendo em vista as incertezas quanto aos dados apresentados, foi realizado um novo estudo em 1975, resultando em uma influência de 79 cm no nível das águas de União da Vitória e não nos 33 cm considerados no projeto anterior, assim como na sugestão da construção de um dique (CASTANHARO, 2005; CASTANHARO; BUBA, 2008).

Embora os cálculos tenham sido corrigidos, a informação repassada era que para o nível da água ter este aumento, só seria possível se a capacidade da Usina estivesse totalmente cheia, com cota 744m e com a casa de forças fora de operação. Ou seja, a probabilidade para estes fatores ocorrerem simultaneamente era quase nulo, não sendo tomada nenhuma medida de prevenção (ROCHA, 2014). Além desta correção, em 1980 foi realizado um novo estudo que também corrigiu a cota de operação de 744m para 742m, abandonando a ideia do dique apresentado em 1975 (CASTANHARO, 2005).

Entretanto, embora os estudos tenham definido um cenário de grandes cheias como impossível, os poços pluviométricos registraram seus primeiros níveis acima da cota 744m na inundação de 1983 (CASTANHARO; BUBA, 2008). Após a ocorrência do desastre, com a maior cota já registrada, a lei n° 1.174/1981 foi revogada pela 1.271/1983, que incluiu a Coordenadoria Municipal de Defesa Civil como um Órgão Colegiado de Aconselhamento e Segurança. Pela presente lei, no artigo 33, à Coordenadoria “compete o cadastramento dos recursos disponíveis no Município, capazes de serem mobilizados na ocorrência de catástrofes ou de calamidades públicas, bem como sua pronta atuação em casos emergenciais”.

No ano seguinte, 1985, a Copel atualizou seus estudos sobre a barragem de Foz do Areia, a partir dos dados de 1983. Com ele, foram alteradas as informações de vazões máximas da Usina, a frequência de chuvas, as curvas de descarga, além dos cálculos de retorno (CASTANHARO; BUBA, 2008; ROCHA, 2014). Cabe relembrar que nestes estudos a margem de retorno para a ocorrência de uma nova enchente, no porte da de 1983, seria de pelo menos 100 anos (TUCCI, 2005).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Como uma forma de prevenção, iniciou-se a elaboração do Plano Diretor de reposicionamento das populações que foram atingidas pela inundação em União da Vitória, sendo um projeto financiado pelo governo federal em 1987. A recomendação resultante deste Plano era de que todas as residências que estivessem abaixo da cota 744,5m deveriam ser realocadas e que estas áreas deveriam ser reurbanizadas para evitar invasões e colocar novas famílias em risco.

4.2.2 Ações pós-evento de 1992

O Plano teve sua primeira versão publicada em 1991, porém, no ano seguinte, o município sofreu com a inundação de 1992. As pessoas se revoltaram por terem vivenciado toda a perda de 9 anos atrás novamente, sendo que os estudos afirmavam que isto não aconteceria a curto prazo (TUCCI, 2005).

Com a ocorrência desta inundação, a gestão municipal entendeu que surgia a necessidade de um grupo específico para tratar das questões de prevenção e mitigação dos efeitos destes desastres, criando assim a Comissão Municipal da Defesa Civil (COMDEC), do município de União da Vitória pela lei n° 2004 de 1993.

Além da criação da COMDEC, outras legislações surgiram voltando o olhar para as áreas de risco do município, como a lei n° 2236 de 1995, que cita a infraestrutura necessária para o reassentamento das famílias. Durante este período, surgiu um programa entre a *Japan International Cooperation Agency* (JICA) e o Governo do Estado, a fim de elaborar um Plano Diretor de recursos hídricos do Paraná – incluindo as inundações de União da Vitória. Para resolver o problema do município, a JICA analisou sete cenários distintos, combinando medidas estruturais e não estruturais (CASTANHARO, 2005).

Nos sete cenários avaliados foram consideradas as medidas de zoneamento e realocação escavação do canal e construção de dique, sendo estes analisados separadamente ou em conjunto, cinco delas foram consideradas como inviáveis economicamente. As outras duas se referem à construção apenas do dique, porém, além de ser necessária uma altura muito grande, resultando em um alto risco de projeto e execução, também necessitaria de um investimento de quase 90 milhões de dólares (CASTANHARO, 2005).

Tendo em vista o custo elevado, a construção não foi levada em diante, sendo apenas continuada a realocação das pessoas. Em 1996, a COPEL implantou o sistema de medições de vazão *Acoustic Doppler Current Profiler* (ADCP). Foi graças à instalação destes aparelhos que ocorreu a diminuição da dispersão de resultados, devido sua precisão nas medições (CASTANHARO; BUBA, 2008). Até os dias de hoje, a Coordenadoria Municipal de Proteção e Defesa Civil utiliza estes dados como os mais confiáveis para monitoramento dos níveis do Rio Iguaçu (NHOATO, 2018).

Em relação à legislação de 1996, foi criado o projeto casa fácil, para auxiliar a população das áreas de risco com até cinco salários mínimos. Os moradores de cotas até 748,50m, poderiam adequar a estrutura da residência sob pilotis, deixando a parte inferior aberta para o caso de inundações. Segundo Tucci (2005, p.230), estes “[...] são um dos mecanismos adotados para conviver com as cheias em União da Vitória. É frequente ver casas a 2 ou 3 metros do chão, geralmente do lado de outras ao nível do chão”.

Durante estes anos, muitos projetos técnicos foram desenvolvidos para tentar encontrar alternativas que solucionassem os problemas das inundações de União da Vitória. No entanto, foi apenas no ano de 1999 que

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

estas informações foram convertidas para a conscientização da população local. A SEC-CORPRERI, juntamente com a Secretaria do Meio Ambiente (SEMA) e o Instituto Ambiental do Paraná (IAP), elaborou a cartilha Conhecendo e Convivendo com as Enchentes, a fim de apresentar todas as propostas já desenvolvidas e sua relação com as áreas de risco da cidade. Esta foi a primeira iniciativa da gestão na conscientização dos moradores do município (SEC-CORPRERI, 1999).

A fim de apresentar os novos instrumentos de combate às inundações e mitigação dos seus impactos, a *South America Technical Committee* (SANTAC), *World Meteriological Organization* (WMO) e *Global Water Pathership* (GWP) realizaram em 2002 o *workshop* Estudo de caso de enchentes no Brasil: União da Vitória e Porto União. Os principais resultados destacados giraram em torno dos sistemas de alerta e alarme, da implantação de um Plano de Proteção e Defesa Civil, além da criação de um setor específico para a Defesa Civil nos municípios (ROCHA, 2014).

Em 2007, foi lançada uma minuta de anteprojeto de lei do Plano Diretor Municipal e de seus mapeamentos complementares, como do Uso e Ocupação do Solo. Este anteprojeto visou atender as metas do Plano em relação ao Estatuto da Cidade, tendo sua abrangência temporal até o ano de 2018. Porém, em 2012 houve a oficialização do Plano Diretor, sendo o ano em que União da Vitória apresentou um avanço legislativo em relação às áreas de risco de inundação. O Plano Diretor do Município visou identificar as áreas de risco e de vulnerabilidade ambiental e social, a fim de promover novas soluções para as cheias do Iguaçu (CAMARGO CORREA; LEVASSUR; MANTOVANI, 2014).

Os dois anos posteriores tiveram uma intensificação das medidas não estruturais de realocação de moradores em áreas de risco. A prefeitura criou em 2013 o programa Morar com Dignidade com o objetivo de realocar pelo menos 100 famílias (KOBUS, 2013). No primeiro trimestre, além das primeiras 50 famílias que receberem novas moradias, a COPEL iniciou o trabalho de recuperação destas áreas. Foram quase 8 hectares revitalizados, com cercamento, retirada de plantas exóticas e plantio de mudas nativas (COHAPAR, 2013). Logo em seguida, mais 66 famílias foram retiradas de bairros em risco e de áreas de preservação permanente (APP) e transferidas novos conjuntos habitacionais (KOBUS, 2013).

5.2.3 Ações pós-evento de 2014

Esta ação de revitalização das áreas de risco ficou ainda mais forte alguns dias antes à inundação de 2014, quando foi realizada uma parceria entre o governo do estado do Paraná, a COPEL e a prefeitura de União da Vitória para a criação do parque Caminhos do Iguaçu. O parque com 290 mil metros quadrados de extensão seria inteiramente projetado para ofertar uma área comunitária, com paisagismo, espaços para lazer, recreação, atividades esportivas, dentre outros (PARANÁ, 2014).

Ressalta-se que além de se apresentar como uma área de lazer para a comunidade, o presente parque tem como função principal evitar a ocupação irregular e, consequentemente, diminuir o número de pessoas em situação de risco por meio da transformação dos locais com maior probabilidade de inundação em áreas recreativas (Figura 8). Este tipo de projeto auxilia o crescimento da qualidade de vida da população local, diminuindo a vulnerabilidade social (MARANDOLA JR.; HOGAN, 2005).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Figura 8 - Parque Linear em frente às casas



Fonte: Elaborado pelos autores, através do Google Earth (2018).

Outro ponto importante foi que a remoção dos moradores destas áreas influenciou diretamente nas ações de resposta da coordenação municipal durante o evento de inundação de 2014. Anteriormente aos programas as pessoas precisavam ser retiradas com o nível de 5 metros acima do normal e após as realocações a mobilização passou para o nível crítico de 6,5 metros (ganho de 1,5m) (MALSCHITZKY, 2018).

Após a inundação de 2014, entraram em vigor duas leis municipais, as quais, indiretamente, visavam auxiliar nas questões dos desastres da cidade. A Lei 4417/2014, criou a secretaria municipal de meio ambiente, apresentando em seu escopo, o cargo de Coordenador de Projetos de Prevenção a Desastres Naturais. A segunda Lei, 4474/2014, criou a Guarda Municipal de União da Vitória, denominada “GUARDAUV”, sendo que a mesma “colaborará, quando solicitado, com tarefas atribuídas à defesa civil na ocorrência de calamidades públicas, sinistros e desastres”.

Além da Guarda Municipal, o município pode solicitar a atuação de pessoas e recursos específicos na ocorrência de desastres, estando todos registrados no Plano de Contingência Municipal (PLANCON) de União da Vitória. A versão atual do Plano é a de número 33, revisão de 2018, sendo sua primeira publicação em 2014 – quase dois anos após a Lei Federal 12.608 de 2012.

Conforme o PLANCON, o capítulo que apresenta os cenários do município quanto às áreas de atenção, expõe 11 regiões sujeitas às Inundações, com um total de 4.938 pessoas em risco. As áreas de atenção são conceituadas, por Pinheiro (2015), como sendo uma delimitação que se baseia no histórico dos desastres dos municípios, a qual é apontada pelos representantes locais de Proteção e Defesa Civil. O autor (2015, p. 87), ainda, destaca que esta metodologia não é “produzida a partir da aplicação de metodologias científicas, sobre a qual, enquanto não se possuem mapeamentos de risco em escala adequada, deflagram-se as ações preparatórias iniciais do órgão de coordenação municipal [...] em caráter provisório e temporário”.

Atualmente, é possível identificar diversas residências que se encontram próximas ao rio Iguaçu, em sua área de cheias. Esta situação reforça três pontos principais: (1) o zoneamento não considera as áreas de riscos de inundação; (2) falta de fiscalização municipal perante a novas construções; e (3) falta de capacitação dos moradores quanto ao risco de viver nestas áreas.

Embora no município de União da Vitória se tenham registros de inundação frequentes, já tendo passado por três grandes eventos na sua história, a relação da gestão com a população, ainda, precisa ser fortificada. As pessoas não recebem nenhum tipo de treinamento em como agir em casos de desastres ou em como devem

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

se preparar para minimizar os riscos. Porém, é importante destacar a cultura das comunidades quanto ao conhecimento adquirido por elas mesmas ao longo do tempo.

Com base nas visitas realizadas à cidade, ficou perceptível que a população conhece as áreas de risco do município, sabendo quais são as áreas que alagam e até onde a água pode chegar. Esse ensinamento é passado de pais para filhos, tanto que as crianças sabem as cotas exatas em que o nível do rio Iguaçu pode atingir suas casas. Talvez pode ser afirmado que é devido essa cultura, em que os moradores da região "nascem sabendo" sobre as inundações, que a capacitação das pessoas não seja uma prioridade para os gestores municipais.

Além disto, também, foi observado juntamente à coordenação de proteção e defesa civil municipal, que há ações de resposta e recuperação que a própria comunidade possui. Existe uma organização local para ajudar as pessoas que são atingidas pelas cheias, em primeiro momento com a retirada e locomoção e depois com doações. Estas doações são recebidas tanto dos próprios moradores quanto dos municípios vizinhos, sendo que já aconteceu de terem que pedir para não doarem mais nada devido à alta quantidade que é recebida. Embora União da Vitória não possua nenhum Núcleo de Defesa Civil (NUDEC), os voluntariados são muito efetivos e sempre ocorrem quando é preciso.

Desta forma, é possível observar que tanto os gestores municipais estão em consonância com outros órgãos estaduais e federais, assim como a própria população, vêm evoluindo e se preparando cada vez mais para os desastres que atingem a cidade. Atualmente, o município de União da Vitória está no caminho para se tornar cada vez mais resiliente e minimizar os impactos deixados a cada inundação, sendo necessário que haja uma maior conexão entre as ações desenvolvidas pela gestão com as comunidades.

Considerações finais

Desde a primeira grande inundação, em 1983, foram realizadas diversas medidas que auxiliassem os gestores a entender como lidar com tal situação, estando entre elas o surgimento da Coordenadoria Municipal de Defesa Civil. Com cálculos extravasados, a ocorrência da inundação de 1992 deixou não só os moradores revoltados como também virou o olhar de diversos pesquisadores para entender o que estava acontecendo no município.

Diversos estudos que ajudassem a solucionar o problema das cheias foram elaborados desde então. No entanto, devido as condições físicas do município, ineficiência dos projetos e preços extremamente elevados de medidas estruturais, percebeu-se que os maiores investimentos deveriam se tratar de realocação de moradores e alterações das legislações de base. Essas ações são utilizadas até os dias de hoje, com a captação de novos recursos e monitoramento do Parque Ambiental construído após o evento de 2014.

Com esta análise histórica foi possível conhecer o que o município de União da Vitória passou desde o seu surgimento, compreendendo os diversos fatores que influenciam a ocorrência de eventos na cidade, sejam eles políticos, naturais, físicos ou sociais. Foi observado que o município possui uma forte cultura quanto a resposta aos desastres, devido a frequência elevada de eventos ocorridos. Organização setorial durante as

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

inundações, presença de voluntariado e doações intermunicipais são exemplos das ações adotadas em União da Vitória.

No entanto, destaca-se a necessidade de se investir em medidas de prevenção e preparação das comunidades. A realização do mapeamento das áreas de risco e também, a capacitação da população que vive nas proximidades do rio Iguaçu, por meio de treinamento e simulados de emergência, é essencial para uma gestão de riscos eficiente. Deste modo, ressalta-se a importância para a resiliência a desastres em entender o passado das cidades, para só então compreender o presente e poder planejar o futuro.

Agradecimentos

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Doutorado com vigência até 2022.

Referências

BI-CEPDEC. Business Intelligence. Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa Civil do Paraná. **Relatório de Desastres do Paraná**. 2020.

BRASIL. **Construindo Cidades Resilientes**. Ministério da Integração Nacional, 2013.

BRUNDTLAND, G. H., et al. **Report of the World Commission on Environment and Development**: Our Common Future. Oslo: United Nations, 1987. 187p.

CAMARGO CORREA, C. M; LEVASSEUR, J.; MANTOVANI, L. E. **Avaliação das áreas atingidas pelas inundações e alagamentos em União da Vitória/PR, em junho de 2014**. CENACID: União da Vitória, 2014.

CASTANHARO, G. **Projeto HG-203**: Análise Hidráulica de Alternativas Estruturais para Controle de Enchentes no Rio Iguaçu em União da Vitória/Porto União. Relatório Técnico. LACTEC e CEHPAR, 2005. 112p.

CASTANHARO, G.; BUBA, H. Revisão do comportamento hidráulico do Rio Iguaçu na região de União da Vitória e seu impacto na operação hidráulica dos reservatórios de Foz do Areia e Segredo. **Revista Espaço Energia**, n.8, 2008.

CENAD. **Anuário brasileiro de desastres naturais**. Brasília: Ministério da Integração Nacional. Secretaria Nacional de Defesa Civil, 2012.

CFP. Conselho Federal de Psicologia. **Nota Técnica sobre Atuação da Psicologia na Gestão Integral de Riscos e de Desastres, relacionadas com a Política de Proteção e Defesa Civil**. 2016.

CH2MHILL. **Plano Diretor de Drenagem para a Bacia do Rio Iguaçu na Região metropolitana de Curitiba**: Relatório. v. 1-10. SUDERHSA, 2002.

COHAPAR. Companhia de Habitação do Paraná. **Após relocação de famílias, Copel recupera área em União da Vitória**. COHAPAR, 2013.

CRED. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters. **Natural disasters 2017**: Lower mortality, higher cost. Belgium: Université catholique de Louvain. CRED. USAID, 2018. 8p.

DALPÍCOLO, S. **Entrevista ao Jornal Nacional sobre as Enchentes de 1992 em União da Vitória**. Jornal Nacional, 1992.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

FOLKE, C.; CARPENTER, S.; ELMQVIST, T., et al. Resilience and sustainable development: building adaptive capacity in a world of transformations. **Ambio**, v. 31, n. 5, p. 437-440, 2002.

FRANÇA, V. de. **Anatomia de uma Enchente**. 2ª ed. COMDEC. SEED PR. Comissão de Alto Nível para Reconstrução. Grupo Executivo. União da Vitória: Editora Sulina Ltda, 1983.

FREITAS, C. M. *et al*. Desastres naturais e saúde: uma análise da situação do Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 19, n. 9, p. 3645-3656, 2014.

FURTADO, J. R. (org). **Gestão de Riscos de Desastres**. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. Florianópolis: CEPED UFSC, 2012. 14p.

GALINDO, E. F. **Cidades e Suas Águas: a interface gestão urbana/gestão de recursos hídricos para a sustentabilidade ambiental**. 2009. 197f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Urbano) - Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

HONESKO, M. **População revive as dores da enchente**. União da Vitória: Vale, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **União da Vitória**. IBGE Cidades, 2020.

JANSSON, C. **Porto União da Vitória sob o olhar de Claro Jansson**. 1912.

KOBUS, B. **Programa "Morar com Dignidade" quer realocar mais 100 famílias até o final de 2013**. VALE, 2013.

KOMARCHESQUI, B. **Sob a água, União da Vitória teme repetição da cheia de 92**. Gazeta do Povo, 2014.

MALSCHITZKY, D. **Relatos sobre as ações da Defesa Civil Municipal em entrevista cedido aos autores**. União da Vitória, 2018.

MARANDOLA JR.; E.; HOGAN, D. J. Vulnerabilidades e riscos: entre geografia e demografia. **Revista Bras. Est. Pop**., v. 22, n.1, p.29-53, 2005.

MCGILL, R. Urban management checklist. **Cities**, v. 18, n. 5, p.347-354, 2001.

MORENO, E. L.; OYEYINKA, O.; MBOUP, G. **State of the World's Cities 2010/2011**: Bridging the Urban Divide. 2 ed. London: United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT), 2010. 244p.

NHOATO, A. **Relatos sobre as inundações de 1983, 1992 e 2014 em entrevista cedida aos autores**. União da Vitória, 2018.

OLIVEIRA, M. de. et al. **Capacitação dos Gestores de Defesa Civil para uso do Sistema Integrado de Informações sobre Desastres (S2iD)**. 2 ed. Florianópolis: Ministério da Integração Nacional, Secretaria Nacional de Defesa Civil, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres, 2013.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Como Construir Cidades Mais Resilientes**: Um Guia para Gestores Públicos Locais. Nações Unidas: Genebra, 2012. 102p.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Construindo Cidades Resilientes**: Minha cidade está se preparando. Tradução Sarah Marcela Chinchilla Cartagena. Florianópolis: Nações Unidas, 2010. 29 p.

PARANÁ. **Copel investe na criação de parque em União da Vitória**. Agência de Notícias do Paraná, 2014.

PINHEIRO, E. G. **Gestão pública para a redução dos desastres**: incorporação da variável risco de desastre à gestão da cidade. Editora Appris. Curitiba: 2015.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

PINHEIRO, E. G. **Orientações para o planejamento em Proteção e Defesa Civil**: Plano Estadual de Proteção e Defesa Civil. Curitiba: FUNESPAR, 2017.

PMUV. Prefeitura Municipal de União da Vitória. **Base cartográfica das inundações de União da Vitória**. Arquivos cedidos aos autores. 2018a.

PMUV. **Histórico e Dados Gerais de União da Vitória**. 2018b.

PMUV. **Plano Diretor Municipal de União da Vitória**. União da Vitória: Larocca Associados S/S LTDA, 2007.

PNRRC. Plataforma Nacional para a Redução do Risco de Catástrofes. **Portugal**: ISDR, 2017.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **BRA/12/017 – Fortalecimento da Cultura de Gestão de Riscos de Desastres no Brasil**. Ministério da Integração Nacional. Secretaria Nacional de Defesa Civil, 2012. 58p.

PRZYSIEZNY, J. **Relatos sobre os efeitos da enchente de 1983 na agricultura**. In: Onde vocês estava? Enchente de 1983. União da Vitória, 2012.

ROCHA, P. S. M. **Gestão em Áreas de Riscos de Enchentes**: Um Estudo de Caso de União da Vitória. 2. ed. União da Vitória: UNIPORTO, 2014. v. 1.000. 172p.

SEC-CORPRERI. Sociedade de Estudos Contemporâneos – Comissão Regional Permanente de Prevenção contra Enchentes do Rio Iguaçu. **Conhecendo e convivendo com as enchentes**. Curitiba: SEMA/IAP, 1999.

SILVA, C. da. **Apontamentos históricos de União da Vitória, 1768-1933**. Coleção Adir Guimarães. 1. ed. (1000 exemplares). União da Vitória, 1933.

SULAIMAN, S. N. **De que adianta? O papel da educação para a prevenção de desastres naturais**. 2014. 291f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

TUCCI, C. E. M. **Gestão de inundações urbanas**. Logo Ministério das Cidades e Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Global Water Partnership – World Bank. Porto Alegre: ABRH/RHMA, 2005.

TUCCI, C. E. M. **Gestão de Águas Pluviais Urbanas**. Capítulo 2. Rhama, 2013.

TUCCI, C. E. M.; VILLANUEVA, A. O. M. **Controle de Enchentes de União da Vitória e Porto União**. União da Vitória: COPRERI, 1997.

UNISDR.; CEPED PR. Estratégia Internacional das Nações Unidas para a Redução de Desastres. Centro de Estudos e Pesquisas sobre Desastres do Paraná. **Desenvolvimento de Capacidades para Tornar as Cidades mais Resilientes**: Minha Cidade está se preparando. Nações Unidas. Defesa Civil, 2010. 67p.

WOEHL, D. **O conhecimento sobre cheias sugere a convivência responsável com o Rio Iguaçu**. 2013.

WHOEL, D. **Relatos sobre as inundações de 1983, 1992 e 2014 em entrevista cedida aos autores**. Presidente da SEC-CORPRERI. União da Vitória, 2018.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

A judicialização da política afirmativa como arena do conflito étnico-racial

The judicialization of affirmative action as the arena of the ethnic-racial conflict

Lucas Correia de Lima
Doutorando em Direito (UFBA)
Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Cruz das Almas, Bahia, Brasil
E-mail: lucascorreia303@gmail.com

Rita De Cássia Dias Pereira Alves
Doutora em Educação (UFBA)
Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Cruz das Almas, Bahia, Brasil
E-mail: rcdias@ufrb.edu.br

Resumo: Recentemente, foi divulgada a formação da primeira turma de egressos negros do curso de medicina da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Inobstante o fruto desta ação afirmativa universitária, nos bastidores da gestão, decisões judiciais têm sido proferidas contra as cotas, ameaçando a autonomia institucional e comprometendo que esta primeira turma torne-se a última decorrente do êxito desta política no Recôncavo baiano, região predominante negra e carente tanto de profissionais médicos quanto de representatividade neste segmento. O presente trabalho, portanto, tem por objeto o estudo do fenômeno da judicialização da política afirmativa étnicorracial aplicada no Bacharelado Interdisciplinar daquela universidade. Objetiva-se compreender os impactos deste fenômeno para a continuidade do projeto de gestão afirmativa com lastro na função social universitária de justiça racial. Propõe-se a investigação a partir da técnica metodológica de análise de conteúdo dos argumentos das peças processuais obtidas de processos judiciais nos casos de contestação da adoção das cotas. No contexto político de crise às universidades, traçam-se hipóteses para o fortalecimento da defesa universitária na manutenção de sua política contra o racismo institucional de um ativismo judicial às avessas.

Palavras-chave: Judicialização. Universidade. Política afirmativa. Medicina.

Abstract: The negative impacts resulting from disasters in cities have been one of the biggest issues faced by local managers Recently, the formation of the first class of black graduates of the medical course of the Federal University of Bahia's Recôncavo was announced. Despite the fruit of this affirmative university action, behind the scenes of management, judicial decisions have been issued against quotas, threatening institutional autonomy and compromising that this first class becomes the last one resulting from the success of this policy in the Bahia's Recôncavo, the predominant black region. lacking both medical professionals and representativeness in this segment. The present work, therefore, has as its object the study of the phenomenon of the judicialization of the ethno-racial affirmative politics applied in the Interdisciplinary Bachelor of that university. The objective is to understand the impacts of this phenomenon for the continuity of the affirmative management project based on the university social function of racial justice. It is proposed to investigate from the methodological technique of content analysis of the arguments of the procedural pieces obtained from court proceedings in cases of contestation of the adoption of quotas. In the political context of crisis to the universities, hypotheses are outlined for the strengthening of the university defense in the maintenance of its policy against the institutional racism of a reverse judicial activism.

Keywords Judicialization. University. Affirmative action. Medicine.

Data de recebimento: 17/03/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

A política de cotas raciais no Brasil teve sua inauguração na esfera social tumultuada por contestações judiciais, muito embora a concepção da necessidade de formulação e execução de ações afirmativas, fundada na perspectiva de igualdade material, já estivesse sendo aplicada em outros âmbitos, a exemplo das políticas afirmativas para mulheres, no sistema político, e para as pessoas com deficiência, no mercado de trabalho.

Silva (2006) anota que nos anos que se seguiram à implementação das políticas de cotas raciais foram registradas trezentas ações judiciais "contra diversas universidades que as adotaram" (SILVA, 2006, p. 8). Tal fato nos revela que as batalhas judiciais foram travadas imediatamente após a inauguração dessas políticas, em evidente projeto para barrar o acesso da população negra ao ensino superior, contrastando-se com a aceitação social dessas mesmas ações para outras categorias de sujeitos, também tidos como sócio-historicamente vulneráveis (SILVA, 2006).

Um dos maiores desafios na seara judicial da política de cotas se deu com o julgamento da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 186. Apesar da declaração de constitucionalidade, disputas judiciais não deixaram de surgir a pretexto de impugnar os fundamentos da ação afirmativa, esta, agora, sob as modernas roupagens aptas a contemplar novas demandas de democratização do acesso e permanência da comunidade negra na universidade.

A interferência de impugnações judiciais no desenvolvimento da política de cotas tem alterado a face da gestão universitária, resvalando na necessidade das universidades reafirmarem sua autonomia contra argumentos contestadores que, reiteradamente e sob novos fundamentos, ameaçam o aprimoramento das ações afirmativas.

Com o aprimoramento das políticas de cotas raciais, a população negra se vê mais próxima da realização do acesso ao ensino superior e, muitas vezes, da alteração de conjuntura de vida mediante uma reparação histórica. O negro, agora, está "mais próximo de ser doutor", como mostram os dados de Alves *et al.* (2017)*:*

> [...] os dados extraídos de uma análise sobre a gestão universitária da UFRB apontam os avanços na questão da igualdade racial. Dos 198 discentes matriculados regularmente no curso de graduação de medicina, 120 discentes se autodeclaram negros – considerando a categoria de negros a soma dos pretos e pardos, de acordo com a padronização do IBGE (ALVES *et al.*, 2017, p. 11).

Contudo, quanto mais a população negra se desborda no avanço do ensino superior e do alcance da igualdade, com ingresso em áreas de poder historicamente elitistas, novos meios de impugnação surgem como obstáculos à evolução e efetivação dos direitos. Um dos pontos nevrálgicos deste acesso do sujeito negro a cursos de grande prestígio ocorre na graduação de Medicina.

O curso de Medicina é conhecido por ser um curso de "caráter elitista" (SANTOS, 2017, p. 44), reconhecido entre os próprios discentes como um "'lugar 'branco'" (*idem*, p. 42). Tal contexto racial excludente contrasta com o perfil oficial delineado das comunidades dos municípios do Recôncavo, cuja população é de maioria negra e de perfil financeiro pequeno (SEI, 2010). Desta forma, o curso de Medicina, historicamente, não é um curso destinado para acolhimento de estudantes negros. A repercussão dessa hostilidade

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

educacional a um segmento racial resvala em outro dado consequente: médicos negros são menos de 18% do contingente de sua classe (OLIVEIRA, 2014).

A partir do momento que se verifica a importância de uma política de reserva de vagas que garanta o acesso racial de estudantes negros a um curso reconhecidamente branco em sua história educacional brasileira, e tenta-se implantar um projeto de reparação racial com o escopo de alterar essa realidade neste segmento profissional, que obstáculos de índole jurídica surgem quanto à aplicação de tais cotas.

É neste ponto que se debruça o presente trabalho.

Esta pesquisa, de natureza documental, foi realizada a partir dos arquivos eletrônicos da Justiça Federal, com foco sobre as sentenças proferidas na Seção Judiciária de Salvador, cidade onde se encontra a competência para julgamento de processos relativos à Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB), conforme preconizado pela Resolução n.º 08 de 2016 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A escolha da UFRB enquanto campo de pesquisa do fenômeno da judicialização se deu em razão de alguns aspectos considerados relevantes. O primeiro deles foi a representatividade negra do seu corpo discente e a magnitude dessa comunidade frente aos demais dados de outras instituições universitárias, revelando-se a maior comunidade negra de estudantes do país ao tempo desta pesquisa.

Um segundo ponto observado é a escassez de profissionais médicos na região do Recôncavo e o consequente impacto social que um curso superior de medicina ofertado pela Universidade proporciona para a alteração do contexto fático do espaço em que se insere.

Um último aspecto é a juventude do curso de Medicina e da própria Universidade; esta, criada por lei em 2005, conta com menos de duas décadas de existência. A recente inauguração da instituição permite buscar melhor o termo inicial do processo de judicialização no seu meio acadêmico e realizar uma análise pormenorizada dos processos judiciais em trâmite acerca da questão, sem os problemas de encontrar uma vastidão de outras impugnações, por motivos diversos, que uma Universidade secular poderia trazer para a pesquisa, demandando maior tempo, buscas e recursos para a concretização completa do estudo.

Do universo de 39 (trinta e nove) processos judiciais achados contra a UFRB sobre o tema das cotas, convencionou-se, em razão da proposta de tempo do trabalho, escolher quatro cadernos processuais para objeto de estudo, e destes, a pesquisa objetivou apenas a leitura analítica do ato jurídico final do processo – a sentença, cujo teor permite analisar toda uma retrospectiva do andamento do processo, dos argumentos levados para a causa por ambas as partes e, o que mais sobreleva para esta pesquisa, a interpretação legal sobre a política afirmativa pelo julgador enquanto intérprete e pretenso garantidor da ordem jurídica e dos direitos em discussão. A leitura da decisão final permitiu ainda extrair os elementos fundamentais que levaram à judicialização da demanda, assim como os fundamentos que embasaram seu desfecho.

Os referidos autos processuais são considerados, para todos os fins de pesquisa, como sendo arquivos públicos, os quais, na concepção de Chizzoti compõem-se dos “documentos recebidos ou produzidos por organismos públicos” (2005, p. 115). O emprego dos dados desses processos públicos oferece grandes vantagens a esta pesquisa, tanto em termos de economia de tempo, quanto sobre o caráter de coleta de tais

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

dados sobre o evento natural e rotineiro da judicialização da política afirmativa de cotas. Economia, pois a coleta das informações já se encontra feita por órgãos públicos oficiais, não havendo que se buscá-la, senão nos próprios registros públicos. Doutro lado, considerando que o caderno processual representa a rotina da atividade jurisdicional, exercida de modo natural, torna-se possível ao pesquisador extrair das informações dos registros o que lhe for pertinente ao estudo, aferindo uma eventual tendência acerca do posicionamento político-científico dos sujeitos sobre o tema versado.

1 A Universidade Federal do Recôncavo da Bahia e seu projeto de justiça racial

Apesar de ser dito que a Universidade guarda estreita correspondência com a sociedade, inclusive no que tange aos problemas vividos por esta, quando se faz um recorte racial sobre a educação brasileira, evidencia-se que a instituição de ensino superior é muito "mais elitista do que a própria sociedade" (OLIVEIRA; BITTAR, 2010, p. 11).

Construída como espaço de prestígio por excelência, a universidade pública brasileira tem em sua raiz histórica o funil excludente da seletividade social (OLIVEIRA; BITTAR, 2010), perpetuando o modelo de manutenção do *status quo* com a restrição do acesso ao conhecimento às camadas mais abastadas e dominantes.

A Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB) nasce com um projeto diametralmente oposto a essa concepção excludente, elitista e racista. A necessidade de uma universidade na região se fez premente pela importância socioeconômica, política, artística e linguística (NACIF, 2016) do Recôncavo para todo o estado, constituindo uma das regiões mais lucrativas na época canavieira e agregadora de um contingente populacional maior do que o da capital, como registra Nacif (2006).

Todavia, no âmbito do ensino, a Bahia se inseria no limbo do esquecimento da respectiva política pública. No início do século XX, a região nordeste havia se constituído no primeiro conjunto de estados da Federação identificável à precariedade da educação, e detinha as dez posições das maiores taxas do analfabetismo com todos os seus nove estados presentes nesta classificação (FERRARO; KREIDLOW, 2004).

Tanto por suas condições históricas de desenvolvimento quanto pela consolidação de uma precariedade no acesso à educação até os dias hodiernos (FERRARO; KREIDLOW, 2004), construiu-se para a sociedade nordestina um caótico contexto em que seus municípios despontaram, simultaneamente, como os mais fragilizados economicamente e mal desenvolvidos na área educacional (IBGE, 2016).

Com efeito, a região do Recôncavo, economicamente edificada à base da agricultura escravagista e exploratória, produziu na Bahia uma sociedade "desigual e marcada por elevados índices de pobreza e opressão" (NACIF, 2016, p. 23). Foi graças a esse modo cultural e econômico fundador da localidade, bem como a necessidade de aprimoramento agropecuário naquele meio, que o marco educacional na região, em 1850, foi o Imperial Instituto Agrícola da Bahia, mais tarde originando a Escola de Agricultura da Bahia em 1877 e, por fim, a Escola de Agronomia da UFBA (NACIF, 2016).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Foi somente em 2002, no entanto, que o Reitor da UFBA retomou a discussão da constituição de uma universidade na região, através de debates com parlamentares baianos. Como narra Nacif (2016) essa trajetória:

> Em sete de outubro de 2002, em reunião com a bancada de deputados federais e senadores baianos, a Reitoria da UFBA apresentou a proposta de criação da UFRB. No início de 2003, o Conselho Universitário da UFBA, em reunião extraordinária na Escola de Agronomia, pela primeira vez discutiu a proposição do desmembramento para implantar uma segunda universidade federal no Estado da Bahia. O Egrégio Conselho deliberou, naquela ocasião, formar uma comissão especial com o objetivo de elaborar um projeto de criação do que viria a ser a UFRB. Em paralelo, com a finalidade de fortalecer a proposta no contexto territorial, nesse mesmo ano, realizaram-se audiências públicas nos municípios de Amargosa, Cachoeira, Castro Alves, Cruz das Almas, Maragojipe, Mutuípe, Nazaré, Santo Amaro, Santo Antônio de Jesus, São Félix, Terra Nova e Valença. (NACIF, 2016, p. 25)

Dois anos depois do envio do projeto à Presidência da República em 2003, foi aprovada pelo Congresso e posteriormente promulgada a Lei n.º 11.151, de 29 de julho de 2005, que criou a UFRB (NACIF, 2016).

Desta forma, a inserção da UFRB numa região pobre e oprimida “representou uma grande possibilidade de inclusão social e promoção do desenvolvimento” (REIS, 2013, p. 185), tendo como fundamento a preservação da sua finalidade institucional de promover o papel universitário e atuar como agente de desenvolvimento regional através da oportunização de acesso ao ensino superior.

Consequentemente, exsurge uma relação de câmbio entre comunidade e universidade: enquanto a UFRB influencia a dinâmica socioeconômica mais intensamente nas cidades e microrregiões onde se inserem seus *campi*, os cursos oferecidos nesses *campi* tomam as feições locais por meio de um maior número de ingresso de estudantes destas comunidades. É a relação bidirecional citada por Yusuf e Nabeshima (*apud* CALDARELLI *et. al*., 2015) onde a universidade se torna um “importante fator de influência para a região em que está inserida” (CALDARELLI *et. al*., 2015, p. 89), mas “também é influenciada por esta região” (CALDARELLI *et. al*., 2015, p. 89).

Nesta ordem de ideias, a UFRB se torna a Universidade com um grande número de contingente de discentes negros (UFRB, 2017), correspondendo ao perfil étnicorracial da população do Recôncavo, adquirindo, a partir daí, como “marca definidora de atuação” (NACIF, 2016, p. 27), a promoção do acesso e permanência a um grupo social historicamente alijado do espaço universitário (REIS, 2013). Ingressa na UFRB um público muito diferente daquele habitualmente conhecido pelas universidades, mas um público real para o ambiente em que aquela instituição se instala.

Até a presente data, a UFRB se destaca na execução de políticas afirmativas as quais ratificam sua proposta enquanto instituição promotora da busca da justiça social e do acolhimento das diferenças. A adoção integral da Lei de Cotas pela UFRB foi um ato de reparação de uma gestão historicamente marcada pela manutenção dos privilégios de uma classe dominante. Desde sua criação até 2010, Nacif relata que os percentuais de discentes afrodescendentes discentes da UFRB eram maiores do que em relação ao conjunto das universidades brasileiras “e, até mesmo, das IFES da região Nordeste” (NACIF, 2016, p. 27), num total percentual de 84,3%.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

2 Fundamentos da política afirmativa e o novo modelo de ensino dos bacharelados interdisciplinares

Os Bacharelados Interdisciplinares são resultantes dos modelos americano e europeu de Bolonha, de 1998, que foram recentemente adotados por algumas universidades do Brasil e aqui surgem sob o modelo de Universidade Nova, mediante a proposta de Naomar Monteiro de Almeida Filho (MAZONI; CUSTÓDIO; SAMPAIO *et al.,* 2011).

De acordo com Naomar Monteiro de Almeida Filho, “o regime de ciclos busca formar um novo perfil de estudante-profissional, capaz de aprender continuamente, compreender e analisar criticamente o conhecimento científico, hábil tecnicamente” (ALMEIDA FILHO, 2016, p. 15). O BI tem caráter terminal, podendo o bacharel exercer determinadas funções de nível superior no mercado de trabalho ou prosseguir nos estudos em outros cursos de bacharelados, licenciaturas ou formação profissional, denominadas de terminalidades. (ALMEIDA FILHO, 2016, p. 15). A formação é de três anos e com um terço do curso composto de matérias obrigatórias.

O problema aqui enunciado se verifica pelo fato de a intervenção do Judiciário, em casos como esses, revelar-se uma ingerência extrema na autonomia universitária, cada vez ameaçada pelos projetos de viés neoliberais da política moderna de administração pública. Ademais, o questionamento que vem sendo feito acerca da ilegalidade das cotas universitárias, e o argumento de que as cotas seriam uma vantagem exagerada para quem já obteve o benefício delas, no primeiro ciclo dos cursos de BI’s, vai de encontro ao histórico de lutas pelo fim da discriminação racial, e igualdade de acesso à educação à comunidade negra (SANTOS; ALMEIDA FILHO, 2008), resvalando numa concepção de ação afirmativa mediocrizada, onde, no pensamento dos contestadores das cotas, seria facultado ao estudante negro ingresso, utilizar da política de cotas apenas até o primeiro ciclo; fato que, em verdade, pode redundar numa ineficiência e incompletude do escopo da política afirmativa.

Como consequência disso nos cursos de alto prestígio na UFRB, impugnações e procedimentos judiciais têm afastado pessoas beneficiárias das cotas ao ingresso aos cursos de segundo ciclo. Segundo Boaventura de Souza Santos e Naomar Almeida Filho (2008), a política de cotas deve ser mantida por grande área do BI. A celeuma acera da manutenção da política de reserva de vagas raciais para as terminalidades dos cursos de BI exsurge a partir da ideia de que uma vez que os estudantes negros ingressassem no curso na modalidade de BI, passariam todos a ficar em pé de igualdade com os demais estudantes, já que “todos os alunos terão acesso aos recursos educacionais e apoio institucional na universidade de acordo com o seu desempenho nos mesmos padrões de ensino” (SANTOS; ALMEIDA FILHO, 2008, p. 229), podendo concluir que eventual progresso nas terminalidades prescindiria de ações afirmativas.

Porém, esta pretensa igualdade não é o que ocorre na prática. O racismo enraizado na academia e na sociedade acarreta o resultado de que os egressos negros dos Bacharelados Interdisciplinares, ainda que invistam em cursos profissionalizantes de segundo ciclo, são excluídos do acesso aos cursos de melhor status, de maneira que as vagas ficariam “reservadas para os mesmos de antes das cotas” (SANTOS; ALMEIDA FILHO, 2008, p. 229).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Isso decorre porque aqueles egressos negros do BI não viviam, enquanto estudantes, nas mesmas condições financeiras e sociais dos demais estudantes brancos, muitos tendo que dividir o tempo entre estudo e trabalho, com condições de permanência dificultadas em relação aos seus colegas. Explicam Boaventura de Souza Santos e Naomar Almeida Filho:

> Mesmo sendo eficiente e inclusiva, a instituição dificilmente compensará o fato de que alguns alunos, vivendo em ambientes sofisticados e estimulantes, podem apenas estudar, contando ainda com recursos e suportes adicionais (por exemplo, contratando cursos complementares), enquanto outros continuarão lidando com problemas econômicos, vivendo precariamente, trabalhando em paralelo ao curso universitário, sem livros, equipamentos e recursos pessoais. (SANTOS; ALMEIDA FILHO, 2008, p. 299)

Assim, a possibilidade de cotas nos cursos de segundo ciclo se mostra fundamental para o processo de continuidade da formação do estudante negro, e seu acesso aos cursos profissionalizantes mais elitistas, onde seu perfil racial não é tão presente (SANTOS, 2017).

3 Judicialização das cotas étnicorraciais

Quando se fala de judicialização das cotas étnicorraciais ou litigância na Universidade pública, toma-se aqui o curso de medicina da UFRB como o objeto central destas discussões e narrativas de sofrimentos discriminatórios nesse espaço (SANTOS, 2017), o que torna o tema de raça um ponto nevrálgico no curso mais concorrido da UFRB.

Ademais, enquanto universidade reconhecidamente de perfil negro entre seus discentes e com o título de uma das primeiras instituições de ensino federais a aderir com integralidade o sistema de cotas como determina a legislação (UFRB, 2017), a UFRB possui o desafio de desatar os nós da discriminação racial e fomentar a conciliação entre as contendas desta temática no seio de sua instituição, sob pena de ingressar no paradoxal contexto de se constituir numa instituição de perfil negro onde a luta de raças é permanente e expõe a maioria daquele grupo a constantes ataques acerca do mérito de estarem naquele espaço.

A análise dos dados dos discentes que ingressam nos cursos sob o pálio de comandos judiciais decorrentes de litígios não sobeja dúvidas de que o curso de graduação em medicina é o curso mais litigioso da UFRB. Os dados abaixo mostram que 58% dos discentes matriculados na UFRB através de decisões judiciais, foram do curso de graduação em Medicina. O percentual revela uma enorme diferença em relação aos demais cursos verificados, conforme tabela a seguir:

Tabela 1 – Cursos com ingressos de matrículas judicializadas

Curso	**N.º de discentes matriculados**	**%**
Medicina	39	59
Bacharelado Interdisciplinar em Saúde	4	6
Agronomia	3	4,5
Nutrição	3	4,5
Outros	17	26
Total	**66**	**100,0**

Fonte: Elaborado pelos autores.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Diante deste impacto para a universidade em razão do grande número de ingressos mediante processos judiciais, infere-se que há uma situação de litigância ampla como instrumento a fim de que se faça a vontade de determinados pleiteantes às vagas, não através do processo seletivo regular, mas por força de mecanismos extrauniversitários que impõem à gestão da UFRB o ingresso de discentes à revelia de suas normas e processos internos.

Apesar do número de 39 (trinta e nove) estudantes matriculados pela via judicial, o número de processos judiciais movimentados contra a Universidade é bem maior: 57 (cinquenta e sete); revelando que, embora nem todos os litigantes obtenham sucesso no ingresso da Universidade, a maior parte deles consegue afastar o sistema de cotas para acessar o curso de medicina.

Desse grupo de 39 matrículas judicializadas, apenas 2 (duas) são relativas a impugnações aos métodos de aferição fenotípica dos cotistas. As demais 37 são impugnações sobre a validade de aplicação do sistema das cotas no processo seletivo para ingresso no curso de graduação em medicina.

Analisando os argumentos desses 37 processos judiciais que geraram a matrícula de alunos não-cotistas, afastando a política afirmativa prevista em edital na seleção para o curso, foi possível categorizar dois fundamentos idênticos em todos os pedidos iniciais de demandas movidas contra a UFRB.

Primeiro, o argumento de ilegalidade. As teses autorais argumentam que a UFRB não teria o condão de criar norma com preceitos, obrigações e direitos não constantes em lei federal e, em razão disso, o sistema de cotas aplicado para o regime de segundo ciclo seria ilegal por ausência de previsão normativa na Lei n.º 12.711/12.

Sabe-se, contudo, que o regime de ciclos se trata de vertente educacional relativamente nova de aplicação nas universidades, resultante dos modelos americano e europeu de Bolonha, de 1998, que foi recentemente adotado por algumas universidades do Brasil, entre elas a UFBA, em 2009. (MAZONI, CUSTÓDIO, SAMPAIO *et al,* 2011). Pela pouca experiência social com tais modelos educacionais inovadores, a legislação brasileira regulamentadora da política de cotas previu apenas o modelo clássico de ensino, mormente porque a discussão desta lei remonta da década de 90, muito antes de qualquer aparição brasileira dos BI. Natural, portanto, que a lei de cotas não aborde tal regime.

Tal omissão da lei, todavia, nunca foi fator para que a universidade promovesse direitos, afinal, rememorando a discussão das cotas étnico-raciais no país, foram as universidades, por seus Conselhos Universitários, que fizeram a vanguarda normativa do projeto de cotas, não o Congresso (SILVA, 2006). Assim, o argumento de ilegalidade pelo sistema de cotas aplicado pela UFRB esquece importante momento histórico de autonormação das universidades (FERRAZ, 1999), resultante da autonomia dessas instituições.

Como segundo argumento de contestação, tem-se a violação à isonomia. Argumentam sempre os autores que os egressos dos Bacharelados Interdisciplinar em Saúde estariam em condições de igualdade, não importando a etnia/raça dos discentes. Trata-se de um argumento que ignora as subjetividades dos sujeitos. É com este argumento que as contestações têm vencido.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

As decisões procedentes aos pedidos autorais promovidos pelos discentes litigantes, na qualidade de autores das demandas judiciais possuem como arcabouço judicial, a tese de que manutenção das cotas nos processos seletivos internos para os cursos de progressão linear, sob o fundamento de que a ação afirmativa já haveria privilegiado aos candidatos cotistas, quando no processo seletivo para ingresso no BI. O discurso da quebra da isonomia, e da crença da igualdade entre os discentes é unívoco nas decisões pesquisadas:

> [...] não se pode extrair a possibilidade de, estando todos os alunos já integrando a universidade, possa haver novo estabelecimento de preferências em favor de um ou outro grupo de cidadãos. No particular contexto descrito nos autos entendo que a manutenção daquele mesmo fator de discrímen para seleção interna de um grupo de alunos já contemplado quando do seu ingresso inicial na universidade, não parece legítima. Isso porque, graduados no Bacharelado Interdisciplinar após a integralização de todos os componentes curriculares com êxito, cotistas e não-cotistas igualam-se em condições para disputar o curso de segundo ciclo. Nesse trilhar, a distribuição de vagas conforme estabelece o item "2" do Edital nº 27/2017 permite que os estudantes que concluíram o curso do BIS em pé de igualdade sejam tratados de forma desigual na disputa pelo curso de segundo ciclo, malferindo, de forma manifesta, o princípio da isonomia, e desprestigiando, por outro lado, a aferição do próprio desempenho acadêmico dos alunos. (TRF 1ª Região, Autos de n.º 1005433-98.2017.4.01.3300, decisão, grifos do original)
>
> Assim considerado, tendo-se que para o ingresso no curso superior, através do Vestibular para o Bacharelado Interdisciplinar, já foi observada a política de cotas e que o acesso ao segundo ciclo de formação se dá com avaliação de conhecimento nos componentes curriculares obrigatórios e optativos do próprio Bacharelado Interdisciplinar, aos quais os candidatos já cursaram em igualdade de condições, entendo que a disposição contida no item 2.1 e seus consectários do Edital n. 013/2018 - que determina a reserva de vaga para grupos sociais específicos (cotas) também para o processo seletivo interno - extrapola os fundamentos da política pública na educação e termina por ferir a isonomia, eis que pretende tratar de forma desigual aqueles que já se encontram em paridade de condições. (TRF 1ª Região, Autos de n.º 1004498-24.2018.4.01.3300, decisão).
>
> [...] situação anti-isonômica, ao submeter os egressos do curso de bacharelado interdisciplinar (primeiro ciclo de formação profissional) novamente à política de cotas quando do processo de seleção para o curso de progressão linear (segundo ciclo), o que parece conflitar com a ordem jurídica, ante o nítido favorecimento ao aluno cotista que já se encontra nivelado aos demais, mesmo porque ambos discentes (cotistas e não cotistas) cursaram, em iguais condições, os três anos do Bacharelado Interdisciplinar de Saúde, daí que deve prevalecer a meritocracia ao invés da cotização. (TRF 1ª Região, Autos de n.º 1004790-09.2018.4.01.3300, decisão, grifos do original)

Os fundamentos judiciais, todavia, não se originam de quaisquer dados empíricos, de pesquisas fundadas, aprovadas e aceitas, ou mesmo de dados publicizados, afinal, não há qualquer indicativo dado por tais decisões de que tenham se valido de informações concretas para situar a igualdade entre os discentes. Surgem da simples retórica judicial em acreditar que há na comunidade universitária discente a pretensa igualdade a que aludem. Ou seja, os magistrados se valem do discurso judicial para criar teoricamente um mundo abstrato, validando-o pela força da autoridade do discurso decorrente da posição em que ocupam, imaginando e tomando como verdade o cenário onírico do qual descrevem.

Desta forma, os juízes criam para si, e com efeitos para as partes, uma universidade irreal, à revelia da descrição que a universidade real, ré no processo, apresenta-lhe de si. A respeito dessa conduta de cultura judicial, critica Warat (1995):

> [...] os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas), forjam uma realidade imaginária (colocada na perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer com naturalismo um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito. (WARAT, 1995, p. 120)

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Nota-se que fica completamente ignorada a condição pessoal dos discentes, antes de se afirmar se estão ou não em pé de igualdade. Desconsidera-se o modo de vida destes, as dificuldades passadas para formar no curso, as condições socioeconômicas, ou mesmo as condições culturais que os impinge sofrimentos diversos entre os próprios colegas, de conteúdo por vezes discriminatório, o qual prejudica a saúde mental dos estudantes e os coloca em evidente posição de desigualdade nos estudos, como já teve oportunidade de avaliar Santos (2017), acerca do curso de medicina da UFRB.

Para os magistrados, o sujeito discente enquanto pessoa, titular de particularidades de uma vida, é alguém que não existe – ou que não merece ser considerado como humano aprendiz. Está substituído no discurso judicial como uma máquina que, posta a aprender conteúdos, uma vez aprovados em determinada grade de disciplinas, são como caixas em que se preenchem frutas numa feira – iguais a todas as outras caixas que contenham a mesma quantidade de frutas. Verdadeiros depósitos humanos de uma educação bancária (FREIRE, 2005).

Esse distanciamento do discurso judicial da condição subjetiva do sujeito revela a total incompreensão sobre as nuances da sociedade. Um operador do direito que ignora dados reais sobre o quanto é difícil para um discente de baixa renda ou vítima de discriminação, ou que acumula emprego, cuidado com familiares e educação, entre outras mais condições de vulnerabilidade estudantil que exigem mais do que o acesso, mas também permanência pela sua condição de sujeito (JESUS, 2007).

Essa conduta judicial, ou expressão de atuar, é denominada por Boaventura (2011) como manifestação da “sociedade longe”, que torna o intérprete e aplicador do direito “competente a interpretar o direito e incompetente a interpretar a realidade. Ou seja, conhece bem o direito e sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a sociedade” (SANTOS, 2011, p. 84). Assim, o ator judicial aqui observado é aquele que:

> [...] não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade, as violações de direitos humanos, as pessoas a sofrerem, as vidas injustiçadas. Como interpreta mal a realidade, o magistrado é presa fácil de ideias dominantes (SANTOS, 2011, p. 84).

Tais discursos judiciais, obviamente, não estão sós, tampouco são produzidos de ofício aleatoriamente. É possível concluir que as decisões judiciais proferidas que contém e anulam o desenvolvimento da política afirmativa, sob o argumento reverso da necessidade de manter a igualdade são ferramentas estrategicamente utilizadas pelos grupos étnicorraciais em disputa (SANTOS, 2011) no curso de medicina, os quais, vencidos pela consolidação da política de cotas na universidade, “transfere para os tribunais seus conflitos internos, através de denúncias cruzadas” (SANTOS, 2011, p. 29).

Considerações finais

Sob o argumento da isonomia, a Justiça viola o direito à autodeterminação de indivíduos, obrigando-os a se encaixarem no perfil desejado que considera correto. A repercussão disso é a diminuição da presença da população negra no curso, pois os negros cotistas são retirados de suas vagas, para cederem lugar aos negros que ocuparam a ampla concorrência. E a ampla concorrência, por sua vez, é cedida para discentes não autodeclarados negros.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Nenhum estudante negro da lista de classificação foi intimado das decisões judiciais para intervir na busca da defesa de um eventual direito de manter um sistema de cotas do qual é beneficiário. Assim, as decisões que afastam o sistema de cotas se dão à revelia dos candidatos cotistas, os quais são reposicionados na ordem de classificação sem chance de defesa nos autos do processo que enseja tal medida maléfica.

Nota-se que os impactos administrativos das medidas judiciais prejudicam a própria viabilidade da manutenção do curso de medicina, inserido no contexto local, pela razão de não haver suporte para tantos discentes, o que implicaria na necessidade de a UFRB ver reduzida a quantidade de vagas ofertadas por turma de medicina para atender as demandas judiciais. Sob o argumento da escassez orçamentária, o contingente de estudantes em medicina matriculados por força de decisões judiciais pode causar um colapso financeiro na estrutura da UFRB, a qual não seria capaz de comportar despesas com mais docentes e mais turmas a fim de suportar o contingente extranumerário de discentes. Ao lado desse discurso, está ainda a incapacidade administrativa de gerir um número de estudantes não previsto no plano de gestão acadêmico, para o curso de medicina.

Observa-se é que a intervenção judicial, quando não observa os critérios técnicos e políticos da reserva de vagas por cotas étnicorraciais, comete indevida ingerência na Universidade, e ameaça os fins sociais das cotas. Falta conhecimento social, filosófico, antropológico e fundamentação histórica aos/às operadores da lei, ou, quiçá, mais simplesmente, falta-lhes o reconhecimento da necessidade de avaliar socialmente o impacto de suas decisões.

Mas para muito além desse contexto, a discussão das cotas na esfera dos embates judiciais tem demonstrado que a política de cotas ainda não se firmou no entendimento jurídico. Ao contrário disso, sua expansão em novos modelos curriculares de ensino tem sido vista como ameaça e burla a pseudocritérios de igualdade, remontando à antiga discussão das cotas enquanto privilégio, inviabilizando o acesso de jovens negros aos cursos mais elitizados do país e, não por coincidência, com menor representatividade racial. Os tribunais parecem ter se tornado a arena do conflito e o instrumento de assegurar a hegemonia elitista racial sobre cursos de prestígio e poder social. Portanto, ainda há muito que se refletir, debater e garantir no âmbito da ação afirmativa.

Referências

ALMEIDA FILHO, N. M. O contexto histórico do Bacharelado Interdisciplinar em saúde no Brasil. *In:* **Bacharelado Interdisciplinar em Saúde da UFRB: inovações curriculares, formação integrada e em ciclos**. SANTANA, Luciana Alaíde Alves; OLIVEIRA, Roberval Passos de; MEIRELES, Everson. (Orgs.). Cruz das Almas: UFRB, 2016.

ALVES; R.C.D. P.; LIMA; L.C.; SILVA; L.P.; ROCHA, N.C. A Universidade pública brasileira interventiva e inclusiva: um recorte regional no Recôncavo baiano. *In*: **XVI Congresso Internacional FoMerco**. Salvador: UFBA, 2017.

CALDARELLI, C. E.; CAMARA, M. R. G.; PERDIGÃO, C. **Instituições de Ensino Superior e Desenvolvimento Econômico: o caso das universidades estaduais paranaenses**. *In:* Revista planejamento e políticas públicas, n. 44, jan./jun, Brasília: IPEA, 2015.

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

FERRARO, A. R; KREIDLOW, D. Analfabetismo no Brasil: configuração e gênese das desigualdades regionais *In:* **Educação de jovens e adultos, letramento e formação de professores**. Revista Educação & Realidade. FACED/UFRGS, Porto Alegre: v. 29, n. 2, p. 5- 250, jul./dez. 2004.

FERRAZ, A. C. C. Autonomia universitária na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 117-142, jan. 1999.

FREIRE, P. **Pedagogia do Oprimido**. 43ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

IBGE**. Pesquisa nacional por amostra de domicílios: síntese de indicadores 2015**, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em:<www.ibge.gov.br>. Acesso em 29 abr. 2017.

JESUS, R. C. D. P. **De como torna-se o que se é: Narrativas implicadas sobre a questão étnico-racial, a formação docente e as políticas para equidade**. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Educação, Salvador, 2007.

MAZONI, I.; CUSTÓDIO, L.; SAMPAIO, S.M.R. O bacharelado interdisciplinar da Universidade Federal da Bahia: o que dizem os estudantes. In: SAMPAIO, SMR., org. **Observatório da vida estudantil: primeiros estudos** [online]. Salvador: EDUFBA, 2011, pp. 229-248.

NACIF, P. G.S. Emergência da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia: Desafios e percurso na construção de inovações curriculares. *In*: SANTANA, L.A.A; OLIVEIRA, R.P. (Orgs.). **BIS – Bacharelado Interdisciplinar em Saúde: Inovações Curriculares, Formação Interprofissional Integrada e em Ciclos**. Cruz das Almas: UFRB, 2016.

OLIVEIRA, J. F. de O.; BITTAR, M.; LEMOS, J. R. **Ensino Superior noturno no Brasil: democratização do acesso, da permanência e da qualidade**. Revista de Educação Pública, Cuiabá, v. 19, n. 40, p. 201-384, maio/ago. 2010.

OLIVEIRA, C. Negros são menos de 18% dos médicos e não chegam a 30% dos professores universitários. **Rede Brasil Atual**. São Paulo, 03 mai. 2014. Disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2014/05/negros-no-servico-publico-2996/. Acesso em: 27 abr. 2017.

REIS, D. B. Continuar ou desistir? Reflexões sobre as condições de permanência de estudantes negros na UFRB. *In*: SANTOS, G.G; SAMPAIO, S.M.R. **Observatório da vida estudantil. Universidade, responsabilidade social e juventude**. Salvador: EdUFBA, 2013.

SANTOS, B. S.; ALMEIDA FILHO, N. **A Universidade no século XXI: para uma universidade nova.** Coimbra: Almedina; 2008.

SANTOS, B. S. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, D. B. R. **Curso de branco**: **Uma abordagem sobre o acesso e a permanência de estudantes de origem popular nos cursos de saúde da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB)**. Revista Contemporânea de Educação, v. 12, n. 23, p. 31-50, jan/abr, 2017.

SEI - Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia. **Estatística dos municípios baianos**. Salvador: SEI, v. 13, n. 382, 2010.

SILVA, G. M. D. Ações afirmativas no Brasil e na África do Sul. **Tempo soc. [online]**, v.18, n. 2, p.131-165, 2006.

UFRB. **Perfil dos Estudantes de Graduação da UFRB**. Cruz das Almas: UFRB, 2017. Disponível em: https://www.ufrb.edu.br/portal/noticias/4800-em-seus-12-anos-ufrb-comemora-maioria-negra-e-pobre-no-ensino-superior. Acesso em: 29 jul. 2017.

WARAT, L. A. **O Direito e sua Linguagem.** 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1995.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Ius migrandi: o direito humano previsto, mas não reconhecido

Ius migrandi: the stated, but unrecognized human right

Luiz Rosado Costa
Mestre em Direito (UFMS)
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)
Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: luizrosadocosta@gmail.com

Resumo: Em busca de melhores condições de vida, diversos trabalhadores imigrantes arriscam-se além da fronteira de seus países, ingressando ou permanecendo em outros Estados de forma irregular. Como não há o reconhecimento de um *ius migrandi* pela comunidade internacional, apesar de ele ser dedutível da Declaração Universal de Direitos Humanos, estes imigrantes, em geral provenientes da camada mais pobre da população, permanecem na condição de indocumentados, o que acentua sua suscetibilidade a violações de seus direitos humanos, ainda não totalmente desvinculados da cidadania. Defende-se, assim, nesta pesquisa descritiva e exploratória, através do método bibliográfico e documental que o reconhecimento do *ius migrandi* como direito humano é o que possibilitará o contato com a alteridade de forma igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade em decorrência da irregularidade de seu status migratório.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Migrações. Migrantes indocumentados. *Ius migrandi*.

Abstract: Searching for better living conditions, several immigrant workers risk their lives crossing their own country border and entering or remaining in other states irregularly. As there is no recognition of an *ius migrandi* by the international community, although it is deductible from the Universal Declaration of Human Rights, these immigrants, generally from the poorest strata of the population, remain undocumented, which accentuates their susceptibility to violations of their human rights, not yet totally unrelated to citizenship. Thus, in this descriptive and exploratory research, through the bibliographic and documental method, the recognition of *ius migrandi* as a human right is what will enable the contact with otherness in an egalitarian way, without the other being considered in a situation of inferiority due to the irregularity of migratory status.

Keywords: Human rights. Migrations. Undocumented migrants. *Ius migrandi*.

Data de recebimento: 19/12/2018
Data de aprovação: 07/02/2020

Introdução

As migrações intensificam as trocas culturais no país de destino, mas de forma subalterna, e na situação de clandestinidade na qual os imigrantes indocumentados permanecem, haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência assimétrica de culturas, sem trocas e diálogos e eles continuam como desconhecidos, o que favorece que lhes sejam impingidos o medo, a angústia e a responsabilidade por problemas estruturais da sociedade onde se encontram.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Defende-se, assim, neste texto, fruto de pesquisa descritiva e exploratória, por meio do método bibliográfico e documental que o reconhecimento de um direito de migrar (*ius migrandi)* como direito humano é o que possibilitará o contato com a alteridade, propiciado pelos sujeitos em movimento, de forma igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade em decorrência da irregularidade de seu *status* migratório.

Torna-se assim, necessário, o reconhecimento do imigrante como um interlocutor de um diálogo transcultural, construindo-se um multiculturalismo progressista e transformando a prática dos direitos humanos num projeto cosmopolita através da hermenêutica diatópica, proposta por Boaventura de Sousa Santos, que possibilitará a aproximação e diálogo entre as culturas que se encontram por intermédio dos sujeitos em movimento.

1 Contextualização do *ius migrandi* como direito humano no art. 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos

No final do século XIX e início do século XX países europeus, como a Itália, colocavam barreiras à emigração de seus nacionais para evitar que em seus territórios ocorresse escassez de mão-de-obra. Registrou Scalabrini (2010, p. 9), em 1883, que:

> Os proprietários de terra, de onde os camponeses emigram em maior número, estão preocupados com a repentina escassez de mão de obra, que se traduz num adequado aumento de pagamento para os trabalhadores que ficam e expressaram suas reclamações ao governo.

Essas reclamações geraram restrições à emigração, que gerava emigrantes clandestinos (SCALABRINI, 2010, p. 10), *i.e.*, com situação migratória irregular no país de origem e não no de chegada. Com os regimes totalitários que se espalharam na Europa (cujos principais exemplos são Alemanha, Itália e União Soviética) continuaram a ser impostas restrições à emigração regular.

Aos europeus, não se aplicavam restrições à imigração nos países de destino, principalmente na América. Pelo contrário, sua vinda era não-raro estimulada através de políticas migratórias eugenistas (como a brasileira de "branqueamento). Em suma, os europeus não encontravam dificuldades para imigrar, mas eventualmente para emigrar e isso refletiu na maneira que o *ius migrandi* apareceu na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948: "Art. 13 [...] 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar".

A Declaração não prevê todos os direitos humanos possíveis, mas:

> Os direitos do homem histórico, tal como este se afigurava na mente dos redatores da declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética (BOBBIO, 2004, p. 20).

Assim, como documento de origem europeia que é, a preocupação nele expressa foi no sentido de vedar restrições à emigração, pois aos europeus não preocupavam as barreiras migratórias que poderiam encontrar no país de destino, mas as que eventualmente lhes eram colocadas no próprio país de origem.

O art. 13 da Declaração pode ser interpretado também como resposta às restrições à saída livre do país impostas pelos regimes totalitários europeus, que produziu elevado número de refugiados. Neste sentido, "a

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

implantação de direitos com características universais, tal qual constante na Declaração, em muito estava relacionada com a política intervencionista vivida à época da Guerra Fria" (PERTILLE; PERTILLE, 2018, p. 138-9).

Pode-se aventar que não houve imprecisão técnica na redação do art. 13 da DUDH ao não correlacionar expressamente o direito de emigrar com o direito de imigrar, mas uma redação eurocêntrica do *ius migrandi*, ao expressá-lo tal como reivindicado pelo homem europeu, a partir da premissa de que para as restrições se encontravam na origem e não no destino e removendo-as, estaria garantido o direito de livre circulação pelo globo.

Com a inversão da restrição, que hoje se encontra nos países de destino, deve-se reconhecer o direito de imigrar como consequência lógica do direito de emigrar expressamente reconhecido para assim garantir a mesma liberdade de locomoção presente na *mens legis* da Declaração. Mas, como ocorre com os direitos humanos em geral (BOBBIO, 2004), o problema da existência de um *ius migrandi* não é tanto de fundamentá-lo, mas de efetivá-lo, o que torna a questão mais política que jurídica.

1.1 Migrar como direito humano

As migrações estão presentes nos principais instrumentos internacionais de Direitos Humanos, que garantem o direito de toda pessoa sair livremente de qualquer país, como o art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art. 13 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966), art. 8º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948) e art. 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969).

Da interpretação do art. 13 da Declaração Universal, cujo texto inspirou os demais instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos mencionados, o professor Jesús Lima Torrado (2016) extraiu as seguintes ideias: a) os quatro critérios de interpretação jurídica formulados por Savigny permitem afirmar que o *ius migrandi* é, sem dúvida, um direito humano; b) a interpretação sistemática determina a necessidade de se interpretar o art. 13 em conjunto com o art. 14 (direito de asilo) e art. 22 (direitos econômicos, sociais e culturais), o que leva à mesma afirmação de que se trata de um direito humano; c) a necessidade de que a interpretação jurídica respeite os fundamentos dos direitos humanos leva a ter que reconhecer o *ius migrandi* como direito humano; d) a interpretação do art. 13, como de todo direito fundamental deve considerar a sua significação mais extensa, o que tem por fundamento a natureza expansiva dos direitos humanos (princípio da eficiência previsto no art. 5º, §1º, da CF88); e) a interpretação do art. 13 deve levar em conta o princípio *in dubio pro libertate*, segundo o qual, em caso de dúvida, haverá que se estar a favor sempre do sentido mais favorável à existência e garantia de um direito fundamental.

Embora seja decorrência lógica do direito de saída de um Estado, o direito de ingresso em outro, não há o reconhecimento da existência, na atualidade[1], de um *ius migrandi* pela comunidade internacional.

[1] A Constituição Brasileira de 1891, em seu art.72, §10º, reconhecia expressamente o *ius migrandi* e assegurava a livre entrada em território brasileiro, independentemente de passaporte: No mesmo sentido, os art. 4º da Constituição Francesa de 1793 e art. 25 da Constituição Espanhola de 1869 reconheciam o *ius migrandi*, permitindo que estrangeiros se estabelecem livremente nos territórios francês e espanhol.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Segundo Jesús Lima Torrado (2016, p. 117): “la regulación del *ius migrandi* dista hoy mucho de ser satisfactoria pues se mueve – aún hoy – en la imprecisa tensión entre la soberanía del Estado y la dignidad humana”.

Parte da doutrina fundamenta a prática internacional restritiva à liberdade de imigrar e defende que do art. 13 da DUDH não é possível extrair um *ius migrandi* (que pressupõe a entrada em outro Estado), mas apenas o direito de saída de um país. Neste sentido, Valdueza Blanco (2008, p. 53) sustenta que:

> *El derecho a salir surge em um contexto histórico determinado em el que la práctica de algunos Estados, normalmente de corte autoritário, negaban los visados de salida o la concesión de passaportes, por motivos políticos, siendo esta negación de derecho de salir del país uma espécie de sanción. Sin embargo, no se ha dibujado em dicha Declaración la cara opuesta, esto es, no existe obligación de acogida por parte de los países receptores, com la excepción [... del derecho e refugio y asilo. Por lo tanto los Estados gozan de uma amplia discrecionalidad em el diseño de sus políticas migratórias* (BLANCO, 2008, p. 53).

No mesmo sentido, para Carrillo Salcedo (2013, p. 287), o Estado tem uma potestade superior que lhe confere o direito de determinar quem pode entrar em seu território, de tal maneira que, salvo se o Estado tenha aceito por tratados internacionais ou assim permita, não há um direito a que se escolha onde se quer viver.

Para Guofu Liu (2007, p. 72, destaque nosso)[2], o direito de saída não pode ser limitado pelos Estados, mas isso não significa que exista o direito de entrada em outro Estado ou a garantia de retorno, salvo para o Estado de que se é nacional:

> Os Estados devem dar efeito ao direito de sair por meio da promulgação de legislação ou por outros meios. Não podem ser impostas condições ao ,como insistir que o direito é usado para uma finalidade prescrita, limitar o destino de indivíduos ou limitar o período de tempo que uma pessoa pode permanecer no exterior. No entanto, **o direito de sair de um país não significa que uma pessoa tenha o direito de entrar em outro país, nem garante o direito de retorno a um país que não seja o Estado nacional**.

Sem o reconhecimento do *ius migrandi*, todavia, o art. 13 da DUDH carece de eficácia: não é possível, na atual configuração geopolítica da Terra, que se saia de um Estado sem que automaticamente, com isso, se entre no território de outro[3], *i.e.*, os movimentos migratórios, necessariamente envolvem um local de origem e um de destino (CAMPOS, 2017) e uma pessoa será ao mesmo tempo emigrante e imigrante, a depender do Estado que se tome como referência (de origem ou destino).

Continua, assim, na esfera da soberania dos Estados a liberdade de decidir quem pode entrar e permanecer em seus territórios, ou quais imigrantes serão oficialmente aceitos e documentados e quais serão os rejeitados e indocumentados que nele poderão permanecer apenas de forma clandestina. Vedovato (2013, p. 19), todavia, ressalta que “a liberdade total do Estado para definir quem entra no seu território desapareceu com o surgimento dos tratados de direitos humanos”.

[2] Tradução livre de: “States should give effect to the right to leave by enacting legislation or by other means. Conditions cannot be imposed on the right, such as insisting that the right is used for a prescribed purpose, limiting the destination of individuals, or limiting the period of time that a person may remain overseas. However, the right to leave one country does not mean that a person has the right to enter another, nor does it guarantee the right of return to a country other than the national State” (LIU, 2007, p. 72).

[3] Neste sentido Martín (2006) destaca que se não existir o direito de imigrar, a liberdade de circulação se torna um direito de estar em órbita ou em espera.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Assim, no exercício de sua soberania e liberdade de controlar suas fronteiras, os Estados podem conceder tratamento diferente aos migrantes em situação irregular — o direito de circular livremente dentro de um Estado e nele residir, por exemplo, reconhecido no Pacto de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), em seu art. 12, item 1 é assegurado apenas às pessoas que se encontrem legalmente em seu território —, mas não podem agir de forma discriminatória em relação ao gozo e proteção dos Direitos Humanos e trabalhistas do migrante no local de destino. Isto porque os poderes do Estado para fixar sua política migratória estão limitados por suas obrigações de proteção aos Direitos Humanos, que não dependem do vínculo de nacionalidade, regularidade migratória ou qualquer outra circunstância.

No caso das migrações internacionais indocumentadas, amplia-se a vulnerabilidade e a necessidade de proteção pelos Direitos Humanos, pois esses migrantes sofrem uma dupla exclusão: a primeira, social, no país de origem, onde a falta de oportunidades lhes faz migrar e a segunda, de cidadania, no país de destino, onde vivem "sem existir" nos números oficiais. Não raro ainda, esses migrantes deixam-se explorar devido a sua situação irregular e o empregador sente-se livre para explorá-los por essa mesma razão, amparando-se no medo que têm de serem deportados e mantendo-os sob controle com a ameaça de entregá-los à Polícia Federal, que no Brasil é o órgão fiscalizador das migrações. A irregularidade funciona como mordaça e cria uma inversão cruel, pois é o violador de direitos e não a vítima quem se vale do poder de acionar as autoridades:

> Um dos nichos de exploração do trabalho análogo ao de escravo está justamente na exploração do trabalhador imigrante, submetido a condições ilegais ou precárias, ao qual [*sic*] se subordinam em razão do medo da deportação e da esperança de, com o trabalho, conseguir obter dinheiro e condições futuras de legalização (SALADINI, 2012, p. 163).

Cícero Rufino Pereira (2015, p. 46) também relaciona a migração internacional de trabalhadores em situação irregular, os quais têm essa situação explorada pelos cooptadores de mão de obra escrava, com violações a seus Direitos Humanos:

> Não é muito fácil aos trabalhadores "nacionais" conseguirem um trabalho decente, menos ainda os trabalhadores migrantes estrangeiros, sobretudo em uma região de fronteira. Ali (e através dela) a concorrência por mão de obra barata e por discussões acerca da legalidade ou ilegalidade da migração é pano de fundo para se perpetrarem ataques aos direitos humanos, em prol do aumento de lucros.

As migrações indocumentadas servem ainda, segundo Aloísio Krohling (2008, p. 158), à crítica da tese da universalidade dos direitos humanos:

> Recentemente, decisões administrativo-jurídicas da União Europeia sobre a entrada e permanência de imigrantes ilegais [sic] nos seus territórios tiveram repercussão negativa e reações afirmativas das ideias-força dos direitos humanos que os próprios europeus definem e tutelam, em seus tribunais internacionais, como universais. Não é mais um único Estado Nacional a fechar as suas fronteiras aos "subdesenvolvidos" do Terceiro Mundo e, até, aos próprios europeus como ciganos, albaneses e romenos, mas é a totalidade dos países-membros da União Europeia.

Neste contexto, observa-se que os mesmos Estados que defendem a livre circulação de capital e mercadorias, defendem o aumento das restrições à circulação de pessoas que, sob o pretexto de proteger a mão de obra nacional, igualmente atende aos interesses do Mercado: a não documentação, derivada dessas restrições, gera um considerável contingente de reserva de mão de obra barata, para realizar principalmente os trabalhos sujos e pesados, sobre a qual não incidem os custos dos direitos sociais, e "descartável".

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Assim, das políticas migratórias restritivas — que apontam os imigrantes como causadores dos problemas sociais que decorrem da própria estrutura do sistema econômico neoliberal que diminui o poder do Estado em favor do Mercado e aumenta a distância entre ricos e pobres, gerando uma grande massa de excluídos — decorrem violações de Direitos Humanos, como a exploração laboral e o tráfico de pessoas, que são favorecidas pela falta de documentação.

A existência de imigrantes que se encontram de forma indocumentada, *i.e.*, sem documentos que autorizem sua permanência em determinado Estado, *per si*, demonstra que não há ainda o reconhecimento, ao menos na prática, de um direito a migrar (o que dispensaria qualquer tipo de documentação ou outro requisito para que a migração se efetivasse de forma regular). As migrações, assim, exemplificam as limitações que a cidadania ainda impõe para a efetivação dos Direitos Humanos

Ao se observar a história dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial verifica-se que suas políticas estiveram, em geral, a serviço dos interesses dos Estados capitalistas hegemônicos (SANTOS, 1997, p. 7). O não reconhecimento do *ius migrandi* como direito humano, apesar de logicamente dedutível de instrumentos internacionais de proteção, atente também ao interesse desses Estados, pois a indocumentação propicia uma reserva de mão-de-obra barata e descartável, sobre a qual não incidem os custos dos direitos sociais e trabalhistas.

Através do reconhecimento do *ius migrandi* e a aplicação da hermenêutica diatópica, a interculturalidade seria uma prática que poderia favorecer os sujeitos em mobilidade e os direitos humanos exerceriam uma função contra hegemônica e emancipatória. A partir do momento em que o imigrante é tratado como "sujeito de direitos" e não apenas como um "ilegal", podemos potenciar o intercâmbio saudável e simétrico das práticas interculturais, valorizando a multiculturalidade entre essas alteridades, que mesmo sendo simétricas, tendem à conquista e consolidação da cidadania, qual seja, um tratamento, no mínimo, mais humanizado.

1.2 Consequências do não reconhecimento do ius migrandi: migrantes indocumentados e a ausência de "direito a ter direitos"

A principal consequência humana do não reconhecimento do *ius migrandi* na prática internacional, apesar de ele ser dedutível da DUDH, são as migrações indocumentadas. Parte-se, para analisa-las, das reflexões desenvolvidas por Hannah Arendt a partir das experiências totalitárias do século XX e de sua crítica aos direitos humanos.

A filósofa alemã, na condição de judia foi vítima do nazismo e passou pelas condições de refugiada e apátrida (até se tornar cidadã dos Estados Unidos em 1951), tendo integrado as populações que analisou em seu *As origens do totalitarismo* — escrito entre 1945 e 1949 e lançado em 1951 — para expor o paradoxo dos direitos humanos, decorrente do fato de os direitos, embora serem decorrentes do simples pertencimento à humanidade, não são aplicados quando as pessoas estão destituídas de cidadania.

Essa sua crítica aos direitos humanos, a partir da exclusão do indivíduo da sua comunidade política, não nega os direitos humanos, mas demonstra a necessidade de sua reconstrução: "Arendt não é contrária aos

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

direitos humanos, o que ela faz é um diagnóstico de sua falta de efetividade na modernidade" (TORRES, 2013, p. 121).

Hannah Arendt expõe o paradoxo dos direitos humanos, que embora sejam natos, decorrentes da condição humana, não foram/são aplicados quando as pessoas estavam/estão destituídas de cidadania. Assim, ela propõe que os direitos humanos sejam repensados como um "direito a ter direitos" (ARENDT, 1989):

> Ela argumenta que esse direito não pode ser acomodado nos marcos legais de direito internacional que se centram no acordo entre Estados soberanos. Mais amplamente entendido, essa formulação denota o direito de pertencer a uma comunidade política ou de viver em uma estrutura na qual a ação, discurso e opinião de alguém sejam levados em conta (GÜNDOĞDU, 2015, p. 22, tradução nossa)[4].

O direito a ter direitos deveria ser garantido pela condição humana, mas o direito internacional ainda funciona com base em acordos e tratados entre Estados soberanos sem que haja uma esfera superior à nações (ARENDT, 1989):

> Para Hannah Arendt a condição essencial para o reconhecimento de um ser humano como sujeito de direito, no sistema do Direito Internacional de Direitos Humanos, deixa de ser o seu vínculo jurídico com determinado Estado ou seu *status* jurídico de cidadão e passa a ser sua existência como pessoa humana, seja homem, mulher ou criança (AMARAL; GUTIERREZ, 2011, p, 38)

Destarte, a partir de sua observação da situação dos refugiados e apátridas, privados de sua personalidade jurídica propiciada pela nacionalidade, Arendt pôde constatar que a humanidade não basta para a proteção dos direitos sem que haja uma comunidade capaz de garanti-los. Dupas, Carvalho e Carvalho (2019, p. 114) destacam que:

> o conceito de cidadania pode (e deve) ser ampliado conforme os acontecimentos históricos dentro de um processo civilizatório que, atrelado aos direitos humanos, faz com que restrições devam ser repudiadas.

Apesar das diferenças entre as populações tratadas por Arendt em seu estudo— migrantes forçados e apátridas — e os migrantes indocumentados que voluntariamente se arriscam em busca de novas oportunidades e possuem uma nacionalidade formal, suas críticas aos direitos humanos são também aplicáveis a esse contexto migratório (RAMJI-NOGALES, 2015).

Ter uma nacionalidade é o traço distintivo entre os apátridas, que não a têm, e os migrantes indocumentados e que confere, a estes últimos, proteção diplomática e um lugar para o qual poderão retornar — em decorrência das obrigações do Estado em relação a seus nacionais —, embora não lhes assegure proteção e gozo de direitos, *per si*, no território de outro Estado. Hannah Arendt (1989, p.331) expôs o paradoxo da necessidade de pertencimento a uma comunidade nacional como condição para o gozo de direitos:

> A calamidade que se vem abatendo sobre um número cada vez maior de pessoas não é a perda de direitos específicos, mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos. O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade.

[4] Tradução livre de: "*She argues that this right cannot be accommodated within the framework of international law that centers the agreement among sovereign states. More broadly understood, this formulation denotes a right to belong to a political community or to live in a framework where one's action, speech, and opinion count*" (GÜNDOĞDU, 2015, p. 22).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

O indocumentado não é, como o apátrida, privado de sua comunidade, mas esta não é capaz de garantir direitos fora do território sobre o qual exerce sua soberania: “os indocumentados não são tecnicamente apátridas, mas eles ficam em um limbo legal que remete à apatridia”[5] (RAMJI-NOGALES, 2015, p. 1045, tradução nossa).

Como destacou Antônio Augusto Cançado Trindade em voto na Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2014, p. 242), “hoje em dia, aos apátridas *de jure* se somam os apátridas *de facto*, *i.e.*, os incapazes de demonstrar sua nacionalidade, e os desprovidos de uma nacionalidade efetiva (para os efeitos de proteção) ”.

A indocumentação nega acesso a direitos há muito assegurados em instrumentos internacionais como a liberdade de locomoção, unidade familiar e direitos sociais básicos como acesso a educação e saúde, mas a prática dos Estados, no exercício da soberania, condiciona o exercício desses direitos à cidadania e regularidade migratória. É negado, assim, ao indocumentado o direito a ter direitos por não possuírem uma cidadania *de facto*. Em outras palavras, ele tem uma cidadania (nacionalidade), decorrente do Estado de que é nacional, mas esta não lhe é aplicável no território do Estado no qual se encontra, salvo para determinar o destino de sua expulsão ou deportação.

2 A interculturalidade favorecida pelos sujeitos em movimento

As migrações proporcionam encontros entre sujeitos e grupos portadores de diferentes culturas, mas com a situação clandestina na qual os indocumentados permanecem haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência subalterna de culturas sem trocas e diálogos.

O imigrante continua, assim, incógnito, como um “estranho” de hábitos desconhecidos, o que favorece que sejam direcionados a eles o medo, angústia e a responsabilidade por problemas estruturais: “aproveita-se a ideologia do medo e da insegurança, culpando um outro, comumente o de pele escura e ‘hábitos estranhos’ por problemas que atingem a todos, não ricos, por limites estruturais do modelo político econômico” (CASTRO, 2007, p. 70-1).

Há instrumentos jurídicos que reconhecem direitos humanos aos imigrantes — o principal deles a Convenção da ONU de 1990 sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias —, decorrentes do processo de multiplicação de direitos humanos que considera, segundo Bobbio (2004, p. 33), o homem não mais genericamente, mas visto em sua especificidade. Esses direitos esbarram, todavia, na “vontade” dos Estados e na sua soberania para decidir quem pode ou não ingressar, permanecer (e usufruir de direitos) em seus territórios.

Neste contexto, as migrações colocam em evidência a colisão entre o direito de migrar, previsto no art. 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos, e o direito ao autogoverno de uma comunidade política, previsto no art. 21 da mesma declaração. Expõem ainda o paradoxo dos direitos humanos que deveriam ser

[5] Tradução livre de: “*while undocumented migrants are not tecnically stateless, they exist in a legal limbo that recalls statelessness*” (RAMJI-NOGALES, 2015, p. 1045).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

condicionados unicamente à condição humana, mas que dependem da regularidade da condição migratória, na prática, para serem reconhecidos em sua plenitude.

A indocumentação nega o acesso a direitos há muito assegurados como a liberdade de locomoção, unidade familiar e direitos sociais básicos. Condiciona-se, assim, a titularidade de direitos à cidadania e à regularidade migratória, criando-se, para eles, uma zona de sub-humanidade.

Boaventura de Sousa Santos (2014) explicita que:

> Com o neoliberalismo e o seu ataque ao Estado como garante dos direitos, em especial os direitos econômicos e sociais, a comunidade dos cidadãos dilui-se ao ponto de se tornar indistinguível da comunidade humana e dos direitos de cidadania, tão trivializados como direitos humanos [...] Neste processo, os imigrantes, em especial os trabalhadores migrantes indocumentados, descem ainda mais abaixo para a "comunidade" dos sub-humanos.

Como alternativa ao impasse entre o reconhecimento legal e a condição humana, Rita Laura Segato (2006, p. 207) propõe considerar a dimensão ética da existência humana como algo distinto da moral e da lei moderna:

> Nessa concepção, o impulso ou desejo ético é visto como motor e fundamento dos direitos humanos em seu constante processo de expansão – e a marca definidora de tal impulso é a disponibilidade para a interpelação pelo outro. Para isso, muitos setores já demandam uma antropologia capaz de cumprir um novo papel e de colaborar no complicado processo de expansão do direito e de articulação entre horizontes culturais particulares e uma jurisdição que se confunde com a própria humanidade.

Essa ética propõe o reconhecimento do outro como um interlocutor de um diálogo transcultural, construindo-se um "multiculturalismo progressista" através da hermenêutica diatópica proposta por Boaventura de Sousa Santos (1997). Dessa forma, as fronteiras artificiais dos Estados estariam a serviço da cidadania e dos direitos humanos de mobilidade, de toda pessoa, qualquer que seja o motivo.

Hannah Arendt (2008) destaca em *A condição humana* que a subjetividade da esfera privada oferece apenas um prolongamento das perspectivas individuais e, assim, priva os homens de serem vistos e ouvidos pelos outros e de vê-los e ouvi-los, o que impossibilita uma compreensão fidedigna da realidade global e neste sentido reside a importância do contato com a alteridade:

> Ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes. É este o significado da vida pública, em comparação com a qual até mesmo a mais fecunda e satisfatória vida familiar pode oferecer somenteo prolongamento ou a multiplicação de cada indivíduo, com os seus respectivos aspectos e perspectivas [...] mas esse "mundo" familiar jamais pode substituir a realidade resultante da soma total de aspectos apresentados por um objeto a uma multidão de expectadores. **Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas numa variedade de aspectos [...] pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna.** (ARENDT, 2008, p. 67, destaque nosso)

Como ressaltado, as migrações rompem o isolamento entre as culturas e propiciam o contato com a alteridade, possibilitando o diálogo entre povos que, através da hermenêutica diatópica, possibilitará a construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos.

A hermenêutica diatópica baseia-se na concepção de que os *topoi* (lugares) de uma cultura são incompletos tal como a própria cultura a que pertencem, e essa incompletude é invisível do interior dessa cultura:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objetivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico (SANTOS, 1997, p. 116).

Boaventura de Sousa Santos, ao tratar da hermenêutica diatópica, frisou que "a humanidade necessita estabelecer uma globalização contra hegemônica entre os povos, por intermédio de um cosmopolitismo de relação (cosmopolitismo de insurgência, emancipatório) " (HOFFMEISTER; WOLF, 2016), propondo que o valor do ser humano venha antes dos interesses de Estados ou de conglomerados capitalistas.

Para a efetivação dos direitos humanos do migrante é necessária a aproximação intercultural e o diálogo entre culturas, mas para que eles possam ocorrer, é necessário que o *ius migrandi* seja reconhecido como direito humano: a consequência mais visível de seu não-reconhecimento são os migrantes indocumentados que permanecem clandestinos, estranhos à cultura local, e as trocas culturais quando ocorrem não são realizadas de forma igualitária (simétrica): o imigrante sempre estará em posição inferiorizada/subalterna.

Sousa Santos (2003, p. 28) ainda destaca que "a exclusão é sempre produto de relações de poder desiguais, que o mesmo é dizer, de trocas desiguais". Por isso a proposta de uma relação de valorização da *alteridade*, ver o outro como sujeito e com direito a relações igualitárias.

O *ius migrandi*, assim, permite que os direitos humanos possam exercer uma função contra hegemônica na medida em que visam a transformar as trocas desiguais decorrentes da (ir)regularidade migratória, em trocas interculturais.

O reconhecimento e aceitação do outro é essencial para o projeto cosmopolita de direitos humanos e a hermenêutica diatópica apresenta-se como instrumento de efetivação dos direitos humanos dos migrantes e como "antídoto" teórico-metodológico à globalização excludente e a chancela pela comunidade internacional do *ius migrandi* é o que possibilitará o contato com a alteridade de forma igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade, *i.e.*, na "zona de sub-humanidade" em decorrência da irregularidade de seu *status* migratório.

A cidadania, como ressaltado, ainda está relacionada à nacionalidade, mas em razão do princípio de respeito à dignidade da pessoa humana e dos instrumentos internacionais de proteção de Direitos Humanos, toda pessoa deve ter seus direitos respeitados pelo simples fato de pertencer à humanidade, independentemente de qualquer outra circunstância. Assim os Estados, a partir da vigência do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, embora possam no exercício da soberania fixar suas políticas migratórias, não poderiam condicionar à regularidade migratória o gozo de Direitos Humanos fundamentais.

Conforme será demonstrado a seguir o direito de migrar é previsto nos principais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, mas ainda enseja luta por seu reconhecimento no plano fático, além do jurídico-positivo.

Considerações finais

Embora muitas vezes tratados pelas autoridades migratórias como se fossem "ilegais", os trabalhadores migrantes indocumentados não são criminosos, mas pessoas que buscam melhores condições de vida em

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Estado diverso do qual são nacionais e, com isso, almejam a mesma liberdade de locomoção já desfrutada amplamente pelo capital e pelas mercadorias.

Neste sentido, verificou-se, por meio de Hannah Arendt, a existência de um paradoxo dos direitos humanos que não foram/são aplicados quando as pessoas estavam/estão destituídas de cidadania, *i.e.*, estão fora de uma comunidade que lhes garanta direitos e os reconheça como pessoas. Apesar de os imigrantes indocumentados não integrarem as populações tratadas por Arendt em seu estudo, suas críticas aos direitos humanos também lhes são aplicáveis, pois, apesar de terem uma nacionalidade (ao contrário dos apátridas), a situação deles se assemelha por não terem um Estado que lhes assegure proteção gozo de direitos, *per si*, fora de sua jurisdição nacional.

Na situação de clandestinidade na qual os imigrantes indocumentados permanecem haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência de culturas sem trocas e diálogos e eles continuam como desconhecidos, o que favorece que lhes sejam direcionados o medo, angústia e a responsabilidade por problemas estruturais. Neste sentido, o reconhecimento do *ius migrandi* como direito humano possibilitará o contato com a alteridade de forma mais igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade em decorrência da irregularidade de seu *status* migratório e, assim, possa ser um interlocutor multicultural, de um diálogo também ele transcultural, e que seja capaz de construir um multiculturalismo progressista, transformando a prática dos direitos humanos num projeto cosmopolita e emancipatório.

A mobilidade humana intensifica o contato com a alteridade e entre as culturas e, neste processo, o reconhecimento e aceitação do outro é essencial para o projeto cosmopolita de direitos humanos. Nesse contexto, a hermenêutica diatópica apresenta-se como instrumento de efetivação dos direitos humanos dos migrantes e como "antídoto" à globalização excludente, muitas vezes com ênfase apenas no mercado.

Referências

AMARAL, Ana Paula Martins; GUTIERREZ. José Paulo. A implementação dos direitos humanos nos sistemas jurídicos estrangeiros: uma análise de direito comparado. *In:* PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula Martins (coord.). **Coletânea de direito constitucional**. Campo Grande: Alvorada, 2011. p. 13-42.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BLANCO, Maria. Dolores Valdueza. **El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España.** Valladolid: Lex nova, 2008. p. 53.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 12-39.

CAMPOS, Marden Barbosa. Migração. *In:* CAVALCANTI *et al.* [org.]. **Dicionário crítico de migrações internacionais**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017. p. 453-455.

CASTRO, Mary Garcia. Migração internacional: transpassando fronteiras do nacional e do individual. *In:* **Caderno de Debates**: Refúgio, Migrações e Cidadania, n. 2, Agosto de 2007, IMDH. p. 69-75.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

DUPAS, Elaine; CARVALHO, Leonardo Chaves de; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Para além das fronteiras: cidadania transnacional. **Revista Videre**, Dourados, MS, v. 11, n. 21, p. 105-120, jan./jun. 2019.

GÜNDOGDU, Ayten. **Rightlessness in an age of rights**: Hannah Arendt and the contemporary struggles of migrants. Oxford: Oxford University Press, 2015.

HOFFMEISTER, Guilherme Pittaluga; WOLF, Karen Emilia Antoniazzi. Migrações internacionais e hermenêutica diatópica: direitos humanos na sociedade global em rede. In: XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2016, Santa Cruz do Sul. **Anais**. Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp. Acesso em: 12 abr. 2018.

.

KROHLING, Aloísio. Os Direitos Humanos na perspectiva da Antropologia Cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamenta*is***. Vitória, nº 3, 2008.

MARTÍN, Javier de Lucas. El desorden en movimiento. *In:* SÁNCHEZ, Norberto Piqueras [coord.]. **Geografías del desorden**: migración, alteridad y nueva esfera social. Valencia: Universitat de Valencia, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dosdireitos-humanos/. Acesso em: 11 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, de 16 de dezembro de 1966.
Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx#main.
Acesso em: 12 abr. 2017.

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivo OC-21/14**, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 3 ago. 2016.

PEREIRA, Cícero Rufino. **Direitos humanos fundamentais**: o tráfico de pessoas e a fronteira. São Paulo: LTr, 2015.

PERTILLE, Thais Silveira; PERTILLE, Marcelo Cesar Bauer. Direitos Humanos linguísticos: O Idioma como instrumento de manutenção da dignidade humana do Imigrante. **Revista Videre**, Dourados, MS, v. 10, n. 19, p. 135-147, jan./jun., 2018.

RAMJI-NOGALES, Jaya. The right to have rights: undocumented migrants and State protection. **Kansas Law Review**, v. 63, 2015.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Trabalho e imigração**. São Paulo: LTr, 2012**.**

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 32, p. 285-291, 2013.

SANTOS, Eduardo dos. A questão migratória no mundo globalizado — brasileiros no exterior, a emigração e o retorno. *In:* PRADO, Erlan José Peixoto; COELHO, Renata. **Migração e trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 69-78.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, p. 3-76, maio de 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, v. 39, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista de Direitos Humanos**. São Paulo. Cortez Editora, 2013 [edição digital].

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

SEGATO. Antropologia e direitos humanos: Alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Revista Mana**. Rio de Janeiro, 2006.

SCALABRINI, João Batista. A emigração italiana na América: observações. *In:* TOMASI, Silvano; ROSOLI, Gianfausto (org.). **Scalabrini e as migrações modernas**. Trad. Ivo Prati. São Paulo: CSEM, 2010. p. 5-33.

TORRADO, Jesús Lima. El problema fundamental de la emigración desde la perspectiva del sistema de derechos humanos: el debate sobre la existência del “Ius migrandi”. *In:* AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (org.). **Fronteira dos direitos humanos**: direitos humanos nas fronteiras. Campo Grande: UFMS, 2016. p. 89-124.

TORRES, Ana Paula Repolês. **Direito e política em Hannah Arendt**. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

VEDOVATO, Luís Renato. **O direito de ingresso do estrangeiro**: a circulação das pessoas pelo mundo no cenário globalizado. São Paulo: Atlas, 2013.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
UFGD Universidade Federal da Grande Dourados
CAPES
ISSN 2177-7837

A banalização do argumento jusfundamental: os direitos insaciáveis e os deveres fundamentais sob a ótica da hermenêutica crítica

The banalization of the jusfundamental argument: insatiable rights and fundamental duties from the standpoint of critical hermeneutics

Muriel Amaral Jacob
Doutora em Direito (PUC-SP)
Universidade de Rio Verde (UNIRV)
Rio Verde, Goiás, Brasil
E-mail: murieljacob@hotmail.com

Arthur Pinheiro Basan
Doutorando em Direito (UNISINOS)
Universidade de Rio Verde (UNIRV)
Rio Verde, Goiás, Brasil
E-mail: arthurbasan@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho visa verificar o fenômeno da banalização do argumento jusfundamental especialmente em razão da injustificada e excessiva constitucionalização do Direito brasileiro. A partir disso, almeja-se demonstrar o surgimento dos intitulados “direitos insaciáveis” e, consequentemente, o indevido solipsismo jurídico, que acaba por interferir na efetividade e na concretização dos direitos fundamentais. Desse modo, o texto concluiu que o ativismo judicial, na medida em que é praticado no país, acaba hipertrofiando a concepção de direitos fundamentais, ainda mais ao considerar a maneira antidemocrática como são aplicados pelos juízes. Assim, verificou-se a importância de se considerar as noções dos deveres fundamentais, como ferramenta para evitar a utilização indevida do argumento pautado nos direitos fundamentais. O trabalho foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa e, na escrita, utilizou-se o procedimento dedutivo.

Palavras-chave: Normas fundamentais. Banalização. Direitos insaciáveis. Deveres fundamentais. Hermenêutica crítica.

Abstract: The present work aims to verify the phenomenon of banalization of the argument jusfundamental especially by unjustified and excessive reasons of constitutionalization of Brazilian constitution. From this, want to demonstrate the origim "insatiable rights" and, consequently, the unjustified solipism juridic, which ends up interfering in the effectiveness and the realization of fundamental rights. In this way, the text concluded that the law ativism, as it is practiced in the country, ends up being hypertrophied the fundamental rights, especially to consider an anti-democratic way that are applied by the judges. Thus, it was verified the importance of considering as fundamental obrigations notions, as a tool to avoid the misuse of arguments based on fundamental rights. The work was carried out through qualitative bibliographic research and, in writing, used or deductive procedure.

Keywords: Fundamental rules. Banalization. Insatiable rights. Fundamental duties. Critical hermeneutics.

Data de recebimento: 13/04/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Introdução

De um modo geral, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a destacar a queda do regime nazista, o estudo jurídico passou por profundas e consideráveis transformações, em especial, pela reanálise da teoria positivista, isenta de caráter ético na sua formulação estrutural e formalista (KELSEN, 2006)

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Sendo assim, de maneira bem sucinta, o sistema jurídico passou a clamar por uma teoria que, para além do estudo das normas jurídicas como tais, em seu caráter meramente legal, pudesse considerar também a incidência de valores normativos. Neste sentido, o valor da dignidade humana passa a compor o topo da hierarquia normativa, como forma de evitar que as atrocidades ocorridas no contexto das Grandes Guerras fossem novamente admitidas. A partir disso, a ordem jurídica-constitucional de diversos países passou a guiar-se pela teoria dos direitos fundamentais, fundada em dois aspectos, quais sejam: i) o aspecto ético (material), consistente na ideia de limitação de poder e de proteção da dignidade humana; e ii) o aspecto normativo (formal), baseado na institucionalização democrática e na constitucionalização dos direitos (MARMELSTEIN, 2014, p. 18).

No Brasil, apesar de relativamente tardia se comparada à Europa, a teoria dos direitos fundamentais ganhou destaque a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, os direitos fundamentais passaram a ter relevância jurídica especialmente após o fim do período autoritário de ditadura militar. Diante disso, ocorreu uma verdadeira "constitucionalização do direito brasileiro" (BARROSO, 2009), uma vez que, tendo a Constituição a função de guardiã dos direitos fundamentais, todos os outros ramos do direito (tanto "públicos", como "privados") passaram se submeter à cúspide constitucional (BINENBOJM, 1999, p.122). Com isso, apesar de inicialmente esse fator apresentar-se como algo essencial para o sistema jurídico, tem-se pistas de que pode ocasionar uma verdadeira banalização do argumento constitucional, dando indícios de impedir o funcionamento harmônico do sistema jurídico, conforme demonstra a notável crítica hermenêutica (STRECK, 2014)[1], ainda mais a partir da ocorrência do desenfreado ativismo judicial. (TASSINARI, 2013, p. 29)

Em outras palavras, o presente artigo parte dessa questão para suscitar os seguintes problemas: a utilização massiva dos argumentos jusfundamentais nas decisões judiciais, isto é, a defesa da aplicação imediata e indiscriminada dos direitos fundamentais não ocasionaria uma banalização do discurso jusfundamental? De certa forma, o uso excessivo e injustificado dos direitos fundamentais na argumentação judicial, em especial com base nos princípios constitucionais, não acabaria por esvaziar o seu valor normativo, tornando esses direitos "insaciáveis"? Afinal, se todo direito, em última análise, puder ser considerado "direito fundamental", a proteção que se deveria dar a esses direitos, em razão de sua essencialidade, não acabaria por perder a força normativa, para não dizer a sua própria razão de ser, enquanto proteção?

Diante dos problemas expostos é possível levantar uma hipótese como forma de manter a coerência do sistema jurídico na aplicação dos direitos fundamentais, isto é, por meio da devida relevância que deve ser dada aos deveres fundamentais, muitas vezes esquecidos no sistema jurídico pátrio.

Portanto, visando um acerto metodológico, o presente artigo encontra-se dividido em três partes. Primeiramente, será analisado o fenômeno de constitucionalização do Direito no sistema jurídico brasileiro, bem como suas consequências. Logo em seguida, será apresentado o problema da banalização do argumento jusfundamental, em especial pela noção de "direitos insaciáveis". Por fim, expõe-se a importância de se

[1] Neste ponto, destaca-se a defesa, dentro da crítica hermenêutica do autor, a necessidade de uma teoria da decisão judicial estruturada a partir do dever de motivar e fundamentar adequadamente as decisões proferidas.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

considerar as noções dos deveres fundamentais, como forma de frear a utilização indevida do argumento pautado nos direitos fundamentais.

1 A constitucionalização do direito brasileiro

Com advento da Constituição Federal de 1988, a hermenêutica constitucional brasileira sofreu uma relevante alteração, em especial, pelo fenômeno do "neoconstitucionalismo". Neste sentindo Sarmento ensina que:

> A palavra "neoconstitucionalismo" não é empregada no debate constitucional norte-americano nem tampouco no que é travado no Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. (SARMENTO, 2009, p. 271)

Diante disso, Barroso revela alguns aspectos que podem ser destacados como premissas que indicaram essa mudança de hermenêutica jurídica, a saber, os marcos fundamentais histórico, filosófico e teórico. (BARROSO, 2010). Inicialmente, pode-se considerar como marco histórico a superação da ditadura militar da década de 60. Em verdade, afirma o professor Daniel Sarmento que no Brasil só se pode reconhecer o início de um "neoconstitucionalismo" após a promulgação da Constituição de 1988, sendo este fenômeno consequência de uma descrença geral da população em relação à política majoritária e de um descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos, revelando um papel político de suma importância ao Poder Judiciário, qual seja, a concretização dos valores constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 287).

Além desse marco histórico, o marco filosófico da ascensão do "pós-positivismo" deu uma nova forma de interpretar e a aplicar as constituições, de modo a promover uma volta aos valores, isto é, uma reaproximação entre ética e Direito, como verdadeira "virada kantiana" (BARROSO, 2009, p. 214). Esses valores surgem nas Constituições em forma de princípios, com legítima força normativa. Vale lembrar, segundo Alexy, norma é um gênero, sendo espécies as "regras" e os "princípios" (ALEXY, 2008)

Como se sabe, é possível perceber que os princípios constitucionais, antes vistos como meios de integração do Direito, passaram a obter uma verdadeira força vinculante (DWORKIN, 2002). De outro lado, promovem para o sistema jurídico importantes valores humanitários (BRITTO, 2007), como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a solidariedade. Caminhando nesta mesma direção, tem-se pista de que os marcos teóricos de grande relevância foram a consideração da força normativa da Constituição bem como a expansão da jurisdição constitucional, com a formação dos blocos constitucionais (HESSE, 1999).

É importante perceber que a força normativa da Constituição se dá a partir do momento em que a Carta Magna passa a ser um documento jurídico (norma), com aplicação direta, não sendo mais apenas um documento político, uma mera "folha de papel" e nem tampouco um mero plano de Estado (LASSALLE, 2000).[2]

[2] A expressão "Constituição como mera folha de papel" é de Lassalle, autor responsável pelo conceito sociológico de Constituição. Para este autor, as Constituições devem necessariamente prescrever a realidade política do Estado a que se propõem, sob pena de não produzirem efetividade alguma.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Em verdade, a Constituição também se torna fonte de normas, sendo fonte direta quando aplicada às relações jurídicas de direito público e/ou privado, e indireta nas normas fundantes de organização da sociedade e do Estado. Na denominação do professor Ricardo Lorenzetti, a constituição passa a ser um "projeto de vida em comum", uma vez que é considerada o espírito informador de todo o direito, alterando os seus princípios gerais. (LORENZETTI, 2010, p. 83)

Neste ponto, descreve o professor Binenbojm que "o reconhecimento da força normativa da Constituição representou seguramente uma verdadeira revolução copernicana na ciência jurídica moderna, com profundas implicações em todos os ramos do direito" (BINENBOJM, 1999, p. 62). Em outras palavras, a Constituição não é mais considerada apenas um limitador formal de poder, mas também uma verdadeira norma jurídica, capaz de prever direitos e deveres, tanto ao Poder Público quanto aos particulares, haja vista a essência de documento jurídico de maior hierarquia no sistema jurídico.

Assim, é diante desses fatos que se defende um processo de constitucionalização do direito, vértice fundamental para a concepção neoconstitucionalista. Esse processo implica na ideia de que toda a legislação infraconstitucional, considerando o Direito enquanto sistema, deve ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, ou seja, uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica (BINENBOJM, 1999, p. 65). Assim, afirma Barroso que:

> A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (BARROSO, 2009, p. 62).

Isso significa que deve ser realizada na aplicação do Direito, como um todo, a filtragem constitucional, de modo que todos os institutos jurídicos devem ser reinterpretados, visando não só evitar o conflito com a Constituição, mas também, concretizar os objetivos e valores que a Lei Maior prevê (SCHIER, 2019).

De um modo geral, têm-se pistas de que a constitucionalização do Direito, isto é, a imposição de que todas as normas infraconstitucionais se adequem aos valores e princípios esculpidos na Carta Magna é decorrente, especialmente, de uma preocupação cada vez mais nítida com a concretização das normas fundamentais da própria Constituição de 1988.

Por outro lado, como se percebe, tamanha atenção voltada para a Constituição e os direitos fundamentais pode gerar na prática jurídica uma utilização incorreta e injustificada dessas normas. Em verdade, a defesa do neoconstitucionalismo, na medida em que fora desenvolvida pelos autores supracitados ("à brasileira"), permitiu o surgimento do fenômeno denominado pelo professor Streck como "pamprincipiologismo" (STRECK, 2017, p. 27). Dito de outro modo, sob o manto de uma influência constitucional necessária a todos os ramos do Direito, defendeu-se que a aplicação das normas fundamentais deve ser feita por meio de princípios constitucionais, servindo a teoria como base para justificar o indevido voluntarismo judicial, a partir de um critério que ampliou em demasia a liberdade aplicativa do juiz, passando a tratar-se de ferramenta

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

utilizada para justificar decisões totalmente discricionárias e, consequentemente, antidemocráticas, posto que baseadas na visão solipsista de juízes e Tribunais (STRECK, 2014, p. 398).

> Assim, possibilitando essa total abertura ao voluntarismo dos juízes, a defesa da utilização das normas fundamentais em demasia, notadamente por meio do ativismo judicial, contraria a própria existência do ordenamento jurídico, uma vez que este, enquanto sistema que o é, necessita que, além da Constituição como expoente maior da lógica normativa, haja também as leis setoriais, mais próximas das particularidades do caso concreto. A desconsideração das leis infraconstitucionais e seus mandamentos, por meio da aplicação do combatido "pamprincipiologismo", representa uma banalização do uso do argumento jurídico pautado nos direitos fundamentais (DUQUE, 2014, p. 100).

2 A banalização do argumento jusfundamental e os direitos insaciáveis

Diante da constitucionalização do direito brasileiro, com a incidência das normas fundamentais constitucionais em todos os seus ramos é possível perceber que, muitas vezes, o argumento jusfundamental é utilizado em demasia e de maneira injustificada. Marmelstein, ao conceituar o termo "direitos fundamentais", alerta para o uso banalizado da expressão, segundo o qual:

> Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. Há quem considere titular de um direito fundamental andar armado. Há quem defende a existência de um direito de manifestar ideias nazistas. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Aliás, na Alemanha, a Corte Constitucional daquele país já teve que decidir se existiria um direito a fumar maconha e a "ficar doidão". Já houve quem ingressasse com ação judicial para exigir Viagra do Poder Público, alegando que existiria um direito ao sexo! Pelo que se observa, há uma verdadeira banalização do uso da expressão direito fundamental (MARMELSTEIN, 2014, p. 14).

Ademais, Duque, de antemão avisando que esse problema possui pouco destaque na doutrina especializada, tratando essa banalização como uma hipertrofia de direitos fundamentais, alerta que:

> Trata-se do risco de banalização dos direitos fundamentais, por meio de um sentimento de hipertrofia desses direitos que, eventualmente, também pode ser verificado num quadro maior, caracterizado pelo excesso de fontes normativas [...]. [...] Isso é comum em países que passaram por experiências históricas negativas. Às vezes, no afã de evitar que consequências maléficas voltem a ocorrer, acaba-se recaindo em excessos, que em nada contribuem para a regulamentação equilibrada e eficiente da coletividade (DUQUE, 2014, p. 97-98).

Ora, é relevante deixar claro que, ao descrever a banalização do uso do argumento jusfundamental, o presente trabalho pretende fazer uma análise crítica da matéria, não no sentido de manter uma posição desfavorável, mas sim, de propor uma apreciação com maior profundidade e, consequentemente, visando aperfeiçoar e promover a aplicação das normas fundamentais, como complemento às demais abordagens já presentes nos estudos jurídicos.

Dessa forma, pode-se afirmar que nas decisões judiciais deve-se evitar ao máximo a banalização do discurso jusfundamental, que se manifesta, notadamente, pela discricionariedade excessiva dos juízes, a fim exatamente de legitimar a atuação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, é preciso perceber que ao direcionar o estudo dos direitos fundamentais a uma hipertrofia, pelo ativismo judicial, perde-se a precisão e a fundamentação específica para o uso do argumento jusfundamental, fato este que em nada contribui para a efetivação desses direitos na sociedade.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Como se nota, têm-se pistas de que, ao utilizar de maneira infundada o argumento jusfundamental, fazendo com que os direitos fundamentais sejam ilimitados, em verdadeira hipertrofia, corre-se o risco de tornar, de maneira indesejável, esses direitos insaciáveis (PINTORE, 2001, p. 243).

A expressão “direitos insaciáveis” é de Anna Pintore, e advém de um texto em que a autora critica o posicionamento positivista de Luigi Ferrajoli, em especial consoante a ideia de democracia substancial desenvolvida pelo autor italiano. Segundo Pintore não é cabível aceitar que se têm os direitos que existem tão somente porque foram promulgados, consoante apregoa o positivismo jurídico defendido pelo autor. Tal negativa decorre do fato de que no momento em que um direito é confirmado, isto é, no momento em que há a introdução de direitos em um sistema jurídico, o seu conteúdo, que é supostamente válido em virtude da forma legal, tornar-se insaciável.

Ainda assim, afirma Pintore que a tendência entre os teóricos dos direitos insaciáveis como Ferrajoli, ao subestimar o problema formal do manejo dos conteúdos substanciais de direitos é, em si, uma (oculta) resposta para a pergunta sobre a autoridade política, mas uma resposta que repudia o princípio da gestão democrática dos direitos (PINTORE, 2001, p. 246).

Em suma, a crítica de Pintore é quanto o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, ou seja, quanto a democracia substancial desenvolvida por Ferrajoli, alegando que dessa forma se criam direitos insaciáveis porque devoradores da democracia, do espaço público e da própria autonomia moral. Para Pintore, a democracia deve ser tão somente a formal, procedimental, que leva ao Direito, este sim dotado de conteúdo material.

Dessa maneira, segundo a autora, a prevalência da forma e dos métodos específicos do direito moderno, quais sejam o procedimento e a autoridade, acabam por se tornarem supérfluos aos direitos fundamentais, uma vez insaciáveis (PINTORE, 2001, p. 262). Tal fato indica que a autoridade (autoritas) e o procedimento não são o grande problema dos direitos fundamentais, ou seja, não é a concepção de direito fundamental em si que é essencial, mas sim a sua realização e efetividade (verita). Neste mesmo sentido, vale a reflexão de Tessler quanto à banalização dos direitos humanos, segundo a qual:

> É na obra de Carlos Ignacio Massini Correas que se encontra uma ampla abordagem do fenômeno da dispersão de ideias, da tendência inflacionária da contemporaneidade acerca do que afinal são os direitos humanos, destacando o autor a tendência crescente de incrementar o número e qualidade dos direitos que se considera necessário satisfazer, concluindo que tudo isso leva à degradação da ideia, pois a força de querer significar tudo acaba por não significar nada. Na mesma linha a lição do Professor Tércio Ferraz, quando o mestre aborda a trivializarão dos direitos humanos, criticando também essa tendência. Anna Pintore, em “Derechos Insaciables”, critica a ideia corrente de converter os direitos humanos em um instrumento insaciável, “devorador da democracia, do espaço político e da própria autonomia moral da qual derivam”, reportando-se aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli (TESSLER, 1990, p. 54-55).

Com efeito, diretamente relacionada a essa suposta banalização do discurso jusfundamental encontra-se o demasiado expansionismo constitucional brasileiro, por meio do injustificado ativismo judicial, o que toca, em última análise, nos limites da própria jurisdição constitucional. Obviamente, conforme já exposto, que dentro da noção de sistema jurídico, pautado pela democracia e pela proteção dos direitos fundamentais, a Constituição deve se encontrar no topo normativo, com condição de supremacia. Entretanto, é preciso também levar em conta a autonomia dos demais setores do ordenamento jurídico, sob pena de ocorrer um

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

expansionismo constitucional ilegítimo, contrariando a própria competência legislativa prevista pela constituição.

Em outras palavras, a banalização dos direitos fundamentais pode se dar também pela expansão da jurisdição constitucional, a qual, quando elevada a abusos, gera um expansionismo constitucional ilegítimo, aplicando a Constituição sem observar as regras de competência, as quais, devido à setorização, são dotadas de maior especificidade. Neste sentido, Duque descreve que:

> É por isso que há quem sustente que a proteção jurídica se torna tão mais ineficaz quanto maior for a sua pretensão de tentar garantir por escrito a totalidade de situações. Nesse sentindo, os direitos fundamentais devem ficar adstritos aos âmbitos essenciais da natureza humana, esses revelados nas esferas da dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e igualdade, focados, assim, na autoconsciência da pessoa e na liberdade de se auto determinar e de se configurar no mundo em que vive (DUQUE, 2014, p. 98).

Ademais, cabe refletir que:

> A banalização dos direitos fundamentais gera uma espécie de reação em cadeia, pelo fato de que acaba por banalizar institutos que são indispensáveis à implementação desses direitos, como, por exemplo, o próprio recurso constitucional (DUQUE, 2014, p. 100).

Diante de todo o mencionado, é possível perceber que a banalização do argumento jusfundamental nas decisões judiciais mediante a defesa da aplicação imediata e indiscriminada dos direitos fundamentais, por meio especialmente dos princípios constitucionais, acaba por esvaziar o seu valor normativo, tornando esses direitos “insaciáveis”.

Nesse sentido, ganha relevância a reflexão quanto a aplicação não devidamente fundamentada de direitos fundamentais, como forma de justificar decisões que, em última análise, são pautadas tão somente na discricionariedade dos juízes. Conforme afirma Streck:

> Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça-, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles o julgador consegue fazer quase tudo que quiser (STRECK, 2017, p. 55).

Com efeito, partindo dos argumentos expostos, é possível, como hipótese para evitar a supracitada banalização do argumento jusfundamental, reconhecer a importância dos deveres fundamentais, muitas vezes desconsiderados no estudo jurídico, em especial ao se considerar que o Brasil possui uma constituição inserida em uma “modernidade tardia”, com uma política de inclusão social em contradição a uma economia de exclusão (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60).

3 A importância dos deveres fundamentais

Os direitos fundamentais dos cidadãos são aqueles nos quais são protegidas as diversas facetas da pessoa humana, visando a garantia substancial dos direitos básicos e essenciais, ou seja, a garantia de um conteúdo mínimo necessário, que faz parte da estrutura básica da sociedade. Nesse sentido Ricardo Luís Lorenzetti expõe:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> Os direitos fundamentais são espécie de direitos fundantes do ordenamento jurídico, uma vez que possuem um caráter fundante do Estado de Direito e nesse aspecto se relacionam com o paradigma de limite ao poder. Da mesma forma, considere-se que seu fundamento não reside em uma pessoa ou na humanidade, mas no modelo de acordos básicos que originam a sociedade (LORENZETTI, 2010, p. 102-103).

Tendo isso em vista, os direitos fundamentais são direitos essenciais a dignidade da pessoa humana e daí, segundo Lorenzetti, a necessidade de "o direito fundamental ter a garantia de um conteúdo mínimo", visto que trata da pessoa humana (LORENZETTI, 2010, p.103). Assim, a existência de direitos fundamentais pressupõe também a existência de deveres fundamentais, os quais, segundo o professor Martins "deveres fundamentais são aqueles alocados na cúspide do sistema (a Constituição Federal)" (MARTINS, 2014, p. 12).

Os deveres fundamentais, sejam eles dos cidadãos para com o Estado, sejam do Estado para com o cidadão, ainda são objeto de poucas reflexões no meio jurídico e acadêmico, visto que se vive em uma sociedade que valoriza em demasia os direitos, fruto na inserção do Brasil em um contexto de "modernidade tardia".

Com isso, nasce a necessidade de um estudo sobre os deveres, sua origem e sua prevalência ao longo do tempo, para que se possa compreender a necessidade dos deveres fundamentais como hipótese para evitar a banalização da utilização do argumento jusfundamental, evidente no ativismo judicial exercido pelos juízes e Tribunais pátrios.

Assim, para Gilles Lipovetsky, vive-se atualmente em uma sociedade onde não mais se enaltece o dever, mas sim os direitos subjetivos tão somente. Essa crise da cultura do dever é decorrente do individualismo e do neoindividualismo, onde há um culto pelo ego. Nas palavras do autor:

> As ideias de soberania individual e de igualdade civil, parte constitutiva da civilização democrática-individualista exprimem os princípios básicos e inquestionáveis da moral universal, manifestam os imperativos imutáveis da razão moral e do direito natural que não podem ser ab-rogados por nenhuma lei humana. São verdades evidentes por si, e simbolizam o novo valor absoluto dos tempos modernos: o indivíduo humano (LIPOVETSKY, 2005, p. 2).

Nesse sentido, a sociedade vincula-se a ideia de que é o bem estar individual e não a coletividade e respeito aos deveres que são os princípios humanos. Com isso, para o autor vive-se atualmente a construção de uma "ética do vazio", onde se constitui uma nova moral que se distancia da antiga moral, ou seja, agora não mais se enaltece o dever, mas sim os direitos subjetivos (LIPOVETSKY, 2005, p. 2).

Isso é resultado de um senso calculista do dever, que exige diversas leis para defesa de direitos, onde há um minimalismo ético, face a ideia consumerista e a sociedade hedonista que procura a realização do prazer imediato como único fim a ser alcançado, em especial em um contexto de sociedade notadamente consumista.

Com isso, o indivíduo passa a ser o valor soberano da moral, fazendo com que o Direito tenha como foco o indivíduo, o qual passa a ter posição absoluta e preponderante no sistema jurídico. Consequentemente, ocorre uma mudança no papel do dever e, passa-se assim, a uma sociedade "pós-moralista", que segundo Lipovetsky "a retórica sentenciosa do dever não está mais no cerne de nossa cultura [...] ficou extinta a cultura do sacrifício, do dever; entramos no período pós-moralista da democracia (LIPOVETSKY, 2005, p. 26). É nesse pano de fundo que o pós-dever surge, com a valorização extrema dos direitos em detrimento dos deveres, isto é:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> Em nossos dias, o que desperta maior reprovação (e até indignação) não é a norma ideal, mas sim uma eventual reativação do conceito de dever absoluto, a tal ponto que o moralismo ficou sendo equiparado, socialmente falando, ao terrorismo e a barbárie. Na era pós-moralista, o que campeia é uma demanda social por justos limites, um senso calculista do dever, algumas leis especificas para defender os direitos de cada um [...] Pleiteamos, claro, o respeito à ética, contanto que isso não demande a imolação de nós mesmos ou um encargo de execução. Espirito de responsabilidade sim; dever incondicional, não! (LIPOVETSKY, 2005, p. 27)

A lógica que se percebe na sociedade contemporânea é a de uma sociedade que deixa a margem os deveres e que clama apenas por direitos. Daí a importância de se revalorizar os deveres, isto é, nas palavras de Robles "a sociedade que queremos deve combinar sabiamente os dois elementos, equilibrando o sentimento do dever e o sentimento dos direitos" (ROBLES, 2005, p. 50).

Como se nota, os deveres fundamentais ajudam a pensar na coerência do sistema jurídico. Não se tem uma ideia de dever apenas como um acessório dos direitos, mas sim numa relação de dependência entre os mesmos, gerando entre eles uma relação de coordenação. Desse modo, o dever é uma necessária forma de equilíbrio, em especial em um Estado Democrático de Direito (NABAIS, 2007, p. 222).

Com isso, para Nabais, os deveres fundamentais são uma diretriz da relação da vida das pessoas em sociedade, que justifica as instituições e a existência dos próprios direitos fundamentais. (NABAIS, 2007, p. 232). Nesse mesmo sentido, Morin defende que "a democracia faz do indivíduo um cidadão que reconhece deveres e exerce direitos." (MORIN, 2007, p. 149). Tendo isso em vista, o cidadão possui, além de direitos fundamentais, deveres fundamentais, sendo estes essenciais e complementares para o efetivo exercício dos direitos.

Obviamente, os direitos fundamentais pertencem as pessoas e estão positivados no texto constitucional devido seu grau de importância. Esses direitos são aqueles que garantem a máxima efetividade da dignidade da pessoa humana e, por esse motivo, estão fora da disponibilidade dos poderes constituídos (SARLET, 2007, p. 77).[3]

> Os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 46-47).

Conforme se percebe das palavras acima citadas, os direitos fundamentais são essenciais a garantia da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, devem acarretar a existência de deveres do cidadão, visto que o dever tem sentido essencial na composição da relação jurídica formulada entre o titular do direito e o responsável pelo cumprimento do mesmo, qual seja, o sujeito obrigado a concretizar o direito.

Com efeito, dentro da ótica que se pretende com o presente texto, a doutrina trouxe a ideia de dever jurídico como o ajustamento da conduta humana aos preceitos normativos, de modo que o seu descumprimento, ou mesmo a não observação do comportamento legalmente determinado ocasiona o

[3] Explica: "Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)".

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

surgimento das sanções ou indenizações previstas (MARTINS, 2013, p. 258). O dever, portanto, seria reflexivo ao direito e, se não cumprido, pode dar origem a garantias ou sanções.

Ocorre que, na sociedade contemporânea, com a desvinculação da ideia de dever na mentalidade das pessoas, constrói-se uma desmoralização da vida pública e da vida privada, como consequência da perda do sentido de dever. (MARTINS, 2013, p.18). Isso pode levar a hipertrofia dos direitos fundamentais, que ocasionaria a banalização do argumento jusfundamental.

Nesse prisma, Nabais aduz que "somente com uma consideração adequada dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos, poderemos lograr um estado em que as ideias de liberdade e de solidariedade não se excluam, antes se completem" (NABAIS, 2007, p. 219).

Conforme ressalta Nabais, os direitos fundamentais possuem custos e, a banalização dos mesmos ocasiona gastos excessivos que podem, inclusive, prejudicar a efetivação de direitos essenciais, devido a consideração de que qualquer direito se encaixaria na condição de direito fundamental da pessoa humana, tornado estes direitos fundamentais, na prática, insaciáveis. (NABAIS, 2007, p. 123).[4] Tal situação fica ainda mais evidente ao considerar que, muitas vezes, o direito fundamental aplicado, em verdade, não passa de um solipsismo judicial, sem qualquer fundamento jurídico adequado.

Com efeito, Robles aponta que há "a ideia de que entre os dois elementos, direitos e deveres, são esses últimos os que constituem a sociedade. O sentimento do dever é o sentimento básico dentro do grupo. A vida deste depende da fortaleza daquele" (ROBLES, 2005, p. 50). Assim, verifica-se que para que os direitos permaneçam protegidos e garantidos é essencial que haja comprometimento no cumprimento dos deveres. Essa é justamente a justificativa do autor do problema do desprezo dos deveres face aos direitos, isto é:

> Não faz sentido, pretender, como é comum, fundamentar os direitos humanos sem fazê-los corresponder aos deveres e valores morais [...] o que é especifico da teoria dos direitos humanos é que ela proporciona uma resposta que prescinde completamente dos deveres: afasta os direitos de seu contexto natural, o contexto de um sistema de valores; eleva os direitos aos praticamente únicos valores com entidade própria (ROBLES, 2005, p. 17-18)

Vale lembrar que os deveres fundamentais dimensionam limites aos direitos fundamentais, em especial, ao considerar que nenhum ordenamento jurídico pode se manter apenas com base em direitos, já que os deveres são, em determinadas situações, essenciais para assegurar os próprios direitos (DUQUE, 2014, p. 105).

Considerações finais

Por todo o mencionado no presente texto, é possível perceber que a banalização do argumento jusfundamental foi estudada de maneira crítica, não no sentido de desprezar os direitos fundamentais, mas sim

[4] Nesse ponto o autor demonstra a face oculta dos direitos fundamentais que são os custos públicos desses direitos, e nesse ponto, apresenta a necessidade do respeito aos deveres fundamentais decorrentes dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor: "Daí que uma qualquer teoria dos direitos fundamentais, que pretenda naturalmente espelhar a realidade jusfundamental com um mínimo de rigor, não possa prescindir dos deveres e dos custos dos direitos. Assim, parafraseando Ronald Dworkin, tomemos a sério os deveres fundamentais e, por conseguinte, tomemos a sério os custos orçamentais de todos os direitos fundamentais".

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

com a intenção de uma imersão no assunto com vistas a promover a aplicação das normas fundamentais de maneira mais eficiente.

Analisado o panorama da constitucionalização do direito e suas consequências, percebeu-se que a banalização do argumento jusfundamental apresenta-se sob o prisma dos “direitos insaciáveis”. Em outras palavras, na empolgação de que os valores constitucionais expressos nas normas fundamentais fossem irradiados imoderadamente a todos os setores infraconstitucionais do sistema jurídico brasileiro, corre-se o risco de hipertrofiar a proteção desses direitos essenciais, ao considerar que tudo se justifica com base no argumento jusfundamental.

Neste sentindo, com foco na busca por uma verdadeira efetividade desses direitos, é oportuno destacar o ativismo judicial, na medida em que é praticado no país, acaba por não só hipertrofia a concepção de direitos fundamentais como também retirá-los efetividade, ainda mais ao considerar a maneira antidemocrática com que são aplicados.

Ademais, verificou-se a importância de se considerar as noções dos deveres fundamentais, como ferramenta para evitar a utilização indevida do argumento pautado nos direitos fundamentais, como ensina Robles, que ”para lutar pela justiça nada melhor que assumir os próprios deveres e cumpri-los, com a mesma finalidade de alcançar os direitos e a felicidade dos outros” (ROBLES, 2005, p. 61). Vale lembrar, se não houvesse o dever fundamental de pagamento de tributos, por exemplo, o Estado não teria condições de efetivar os direitos fundamentais das pessoas (DUQUE, 2014, p. 105).

Destarte que, para Ferrajoli, o direito e a democracia são evidentemente construções humanas, isto é, dependem da política, da cultura, dos movimentos sociais e a força exercida por estes, e do empenho de cada um dos sujeitos que vivem em sociedade. Em razão disso, não na construção do presente como também na projeção do futuro, conclui o autor, todos nós possuímos parte de responsabilidade (FERRAJOLI, 2010, p. 41).

Nessa ótica, ciente da essencialidade dos direitos fundamentais, sejam nas relações entre as pessoas e o Estado, sejam nas relações entre particulares, é imperioso lembrar que cabe a cada um, para concretização da democracia e desses direitos fundamentais, o uso medido e equilibrado do argumento jusfundamental, iluminado pela contra face sempre presente dos deveres fundamentais, como maneira de se evitar a banalização do argumento jusfundamental.

Por todo o mencionado, é relevante lembrar Humberto Àvila, que ao criticar o uso indiscriminado e banal da constituição pelo fenômeno do “Neoconstitucionalismo”, fator que gera o “não-constitucionalismo”, afirma ser este “um movimento ou uma ideologia barulhenta que proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização (ÁVILA, 2009).

Neste mesmo sentindo, um ideal que proclama a supervalorização irracional e desmedida do argumento jusfundamental, por meio da aplicação desmedida de princípios (pamprincipiologismo), silenciosamente, acaba por promover a sua desvalorização e, consequentemente, retira dos direitos fundamentais qualquer possibilidade de efetividade, tornando estes direitos insaciáveis.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Enfim, têm-se indícios de que o próprio ativismo judicial, decorrência da banalização do uso do argumento jusfundamental, pode e deve ser combatido, em especial destacando o dever de participação política e democrática, como o próprio dever de votar, imposto a todos os cidadãos. Afinal, é dos legisladores, representantes do povo, a legitimidade constitucional para elaborar leis e políticas públicas necessárias para a efetiva concretização dos direitos fundamentais previstos na Magna Carta.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 18 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farley Martins Riccio (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRITTO, Carlos Ayres**. O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhat; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição – Drittwirkung dos direitos fundamentais**: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio. Barueri: Manole, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES. Cláudia Lima; MIRAGEM. Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transverso e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 94. 2014.

MORIN, Edgard. **O método 6**: ética. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf. Acesso em: 18 mar. 2019.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madri: Trotta, 2001.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In:QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farley Martins Riccio (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 18 mar. 2019.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiro, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermernêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e Relações Privadas**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

TESSLER, Marga Barth. Há um fundamento para os direitos humanos ou como fundamentar os direitos humanos e que direitos humanos fundamentar. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,** n. 1, v. 1. Porto Alegre: O Tribunal, 1990.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
UFGD Universidade Federal da Grande Dourados
CAPES
ISSN 2177-7837

A CAPES e sua condição como agência reguladora da educação em nível de pós-graduação no Brasil

CAPES and its condition as a regulatory agency for post-graduate education in Brazil

Nicolas Addor
Doutorando em Direito (PUC-PR)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Curitiba, Paraná, Brasil
E-mail: nicolasaddor@gmail.com

Marcos Viana Costódio
Mestre em Direito Econômico (PUC-PR)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)
Curitiba, Paraná, Brasil
E-mail: marcos@cecadv.com

Resumo: A pesquisa pretende analisar a estrutura jurídico-administrativa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e sua relevância para a regulação da pós-graduação stricto sensu brasileira, buscando, assim, demonstrar que a entidade possui, de fato, a condição de agência reguladora. Para isso, é necessário abordar três pontos, utilizando, para tanto, metodologia dedutiva, com fontes bibliográficas e documentais relacionados à entidade: O primeiro ponto busca descrever e contextualizar a formação da fundação CAPES, bem como relatar as atividades administrativas que exerce sobre a pós-graduação. No segundo ponto, aborda-se sobre o processo histórico de surgimento das agências reguladoras, analisando também os objetivos e atribuições a elas incumbidas. Por fim, no terceiro ponto, expôs-se, de maneira crítica, considerações sobre a condição da CAPES como agência reguladora. Dessa maneira, compreende-se que uma fundação pública, quando atende uma função típica do Estado, não é, apesar do que formalmente a lei que a instituiu afirma, uma fundação, mas sim, ao contrário, uma autarquia, o que possibilita compará-la com uma agência reguladora. Conclui, assim, que em razão dos extensos poderes que a CAPES exerce sobre os programas de pós-graduação, a sua natureza autárquica e por regular uma atividade econômica, em sentido amplo, considera-se que ela é na realidade uma agência reguladora da pós-graduação brasileira. Além disso, dado o esvaziamento terminológico da noção de agência, a condição diferenciada dos dirigentes não é um fator relevante para a categorização de um ente da administração indireta como agência.

Palavras-chave: Pós-graduação stricto sensu. Agência reguladora. Regulação dos serviços públicos. Políticas públicas. Educação superior.

Abstract: The research intends to analyze the legal and administrative structure of the Coordination of Improvement of Higher-Level Personnel - CAPES and its relevance to the regulation of the stricto sensu Brazilian postgraduate course, in order to demonstrate that the entity has, in fact, the condition of regulatory agency. For this, it is necessary to address three points using deductive methodology with bibliographic and documentary sources related to CAPES: The first point seeks to describe and contextualize the formation of the CAPES foundation, as well as to report the administrative activities that it exerts on the post-graduation. In the second point, it addresses the historical process of the emergence of regulatory agencies, also analyzing the objectives and attributions assigned to them. Finally, in the third point, a critical analysis was made of the condition of CAPES as a regulatory agency. In this way, it is understood that a public foundation, when it serves a typical function of the State, is not, despite what formally the law that instituted it, a foundation, but rather, an autarchy, which makes it possible to compare it, with a regulatory agency. It concludes, therefore, that because of the extensive powers that CAPES exercises over postgraduate programs, its autarkic nature and regulating an economic activity in a broad sense, it is considered that it is in reality a regulatory agency for post- graduation. Moreover, given the terminological emptying of the notion of agency, the differentiated condition of the managers is not a relevant factor for the categorization of a body of indirect administration as an agency.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Keywords: Post-graduation stricto sensu. Regulatory agency. Regulation of public services. Public policy. College education.

Data de recebimento: 24/01/2019
Data de aprovação: 17/02/2020

Introdução

Crê-se que a CAPES exerce um poder de polícia, controle, fomento e poder normativo das atividades educacionais de pós-graduação de maneira tão significativa que as barreiras de entrada e saída da atividade econômica são altamente complexas. Uma entidade com amplo poder, capaz de mandar encerrar programas, regular a qualificação dos trabalhadores, exigir padrões de qualidade, autorizar ou negar a abertura de novos programas de pós-graduação, estabelecer obrigatoriedade de cooperação entre os PPG'S, fiscalizar a produtividade e infraestrutura, exigir contribuições para com a comunidade é observado, também, nas agências reguladoras de serviço público.

Apesar de inegável a contribuição institucional da fundação para a pós-graduação brasileira, é ela, como última instância, que coordena os rumos da pós-graduação, de acordo com os planos de desenvolvimento nacional da administração direta. O amplo poder delegado à entidade faz ela se afastar da sua condição de fundação pública, aproximando-se do status de agência reguladora segundo os objetivos traçados e as atividades reguladas de cada ente da Administração Indireta segundo os estudos do Direito Administrativo.

O artigo está dividido em três tópicos. O primeiro explanará sobre a organização da CAPES na Administração Pública brasileira. Aqui, abordar-se-á uma contextualização sobre seu surgimento e, num segundo momento, será feita uma apresentação quanto à sua estrutura jurídico-administrativa.

Mais à frente, será discorrido sobre o instituto da agência reguladora e pontuações acerca da não inovação jurídica em relação aos outros entes da administração indireta. Por último, diante do espaço conquistado pelas agências no exercício do Poder regulador e de fomento em áreas sensíveis à concretização de direitos fundamentais, é necessário explanar em relação às suas atribuições e objeto.

Por fim, o terceiro e último tópico será reservado para as considerações sobre o status jurídico da CAPES de agência reguladora que de fato possui. O objeto, nesse ponto, será trazer argumentos sobre a real posição de agência reguladora sobre o serviço público de educação e ciência e tecnologia.

Em síntese, os argumentos propostos podem ser divididos em três categorias: a) o amplo poder regulatório da CAPES sobre uma atividade econômica em sentido lato; b) o impacto direto e indireto sobre as instituições de ensino superior e a sociedade em geral que o poder regulatório e o fomento realizado pela fundação realizam; e c) a irrelevância, para a categorização de uma autarquia como agência reguladora, da previsão em lei instituidora e pouca importância da estabilidade mandamental para os seus dirigentes.

1 A organização e objetivos da CAPES

A CAPES, no momento, é responsável por duas principais atividades na pós-graduação: regulação e fomento. Elas são exercidas por meio da avaliação da pós-graduação *stricto sensu*, ao acesso e divulgação da produção científica, investimentos na formação de recursos de alto nível no Brasil e internacionalmente, na

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

promoção da cooperação científica nacional e no fomento da formação de professores na educação básica. (CAPES, 2018).

É por meio da atividade regulatória que a fundação garante a autonomia universitária e seu vínculo com o desenvolvimento nacional. Isso porque, o exercício da autonomia científica, embora seja pleno, restringe-se a esferas específicas previamente delimitadas pelo Poder Público. Assim, a liberdade científica encontra duas restrições: liberdade *versus* dignidade humana, que proíbe que a pesquisa afete a privacidade, moralidade e integridade física e, liberdade *versus* finalidade social, compreendendo-se que o desenvolvimento das pesquisas deve alcançar fins sociais, desenvolvendo alguma área sensível da sociedade. (ADDOR, 2018).[1]

Ademais, para Luiz Antônio Constant Rodrigues da Cunha, o ensino na pós-graduação possui uma função técnica, que incumbe à instituição de ensino superior formar professores e profissionais competentes para a expansão do ensino superior, o desenvolvimento da pesquisa científica e o desenvolvimento nacional e uma função social, que visa "restabelecer o valor econômico e simbólico[2] do ensino superior". (CUNHA, 1974, p. 67-69).

Relativamente ao fomento, conforme pondera Luiz Fernando de Paula, os projetos de inovação, podendo estender essa percepção ao desenvolvimento científico, não podem ser avaliados de maneira simples devido à sua incerteza. Isso obriga que as especificidades do processo de desenvolvimento científico devem ser levadas em conta na análise, uma vez que a pesquisa e desenvolvimento possuem características que a tornam diferente do investimento comum. (PAULA, 2014, p. 139) Entretanto, se foi incumbido à fundação o fomento ao desenvolvimento científico, ressalva Vanice Regina Lírio do Valle (2016, p. 183) que será inútil o reconhecimento do dever constitucional de articulação de políticas públicas como caminho de efetividade dos direitos fundamentais se essas não se revelarem úteis ao desvelamento em favor da cidadania.

De acordo com a lei instituidora, a CAPES detém quatro órgãos principais de direção: o Conselho Superior, a Diretoria, o Conselho Técnico-Científico da Educação Superior e o Conselho Técnico Científico da Educação Básica. O funcionamento e organização da estrutura interna da CAPES devem ser estabelecidos por um estatuto.

Como parte do exercício de sua atividade regulatória da pós-graduação, a fundação avalia quadrienalmente os programas de pós-graduação, tendo a última avaliação ocorrido entre 2013-2016 e divulgadas em 2017. De acordo os critérios da última avaliação, os programas possuem um conceito, mediante a atribuição de uma nota de 1 a 7, sendo a classificação 1 e 2 como "insuficiente" e "fraco" respectivamente; a nota 3 como o padrão mínimo de qualidade para continuar pertencendo ao Sistema Nacional de Pós-Graduação e recomendação ao Conselho Nacional de Educação; a nota 4 é atribuída àquele programa considerado "bom";

[1] Sobre autonomia universitária, Guilherme Henrique Hamada entende que "a linha divisória entre autonomia e regulação não é estanque e deverá ser fixada no caso concreto. Todavia, alguns aspectos estão bem consolidados de ambos os lados. Para que seja de qualidade, a educação depende de estruturas adequadas, professores qualificados e recursos para o aprendizado. Para formar seus alunos em consonância com sua identidade, as instituições precisam de autonomia para definir seus princípios e valores, sua metodologia de ensino e sua relação com outras instituições e com a sociedade. [...] O princípio da autonomia universitária garante liberdade de atuação às instituições de ensino superior, mas não é ilimitado. Contrapõem-se à autonomia o dever do Poder Público de garantir qualidade de ensino. Em: Hamada (2017, p. 190-191).

[2] "A organização do ensino pós-graduado, em particular, e a diferenciação do ensino superior, em geral (incluindo-se os cursos de curta duração) constituem mais uma etapa na transição dos padrões de discriminação desse grau de ensino. Antes a discriminação era feita pela divisão entre os concluintes do ensino médio que entravam no ensino superior e os que não entravam; agora se faz pelo modo como se sai do ensino superior, com diploma de que valor: curso de graduação de curta ou longa duração, curso de pós-graduação, mestrado ou doutorado". Em: Cunha (1974, p. 69).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

a nota 5 é destinada ao programa que obtenha classificação “muito bom”, sendo essa nota a máxima aos programas que ofereçam apenas mestrado; as notas 6 e 7 são reservadas aos programas com doutorado que tiveram o predomínio do conceito “muito bom” (nota 6) ou, no caso do conceito 7, a ocorrência da nota “muito bom” em todos os quesitos da ficha de avaliação.[3]

Os critérios de avaliação são elaborados pelas coordenadorias de cada área do conhecimento e aprovadas pelo CTC-ES. Ademais, há duas instâncias responsáveis pela apreciação dos PPG’S: as Comissões de avaliação de cada área do conhecimento, que lhe competem a análise dos dados relativos às atividades dos programas e, a segunda instância, exercida pelo CTC-ES, que delibera sobre os resultados da avaliação com base nas fichas de avaliação de cada programa e nos relatórios que foram elaborados pelas comissões de avaliação.[4]

De acordo com a Portaria n.º59 de 2017 da CAPES, os quesitos para avaliação dos programas acadêmicos são: a proposta do programa (infraestrutura; coerência, atualização e abrangência das áreas de concentração; e planejamento), o corpo docente (titulação; diversificação na origem de formação; experiência; adequação com o programa; distribuição das atividades de pesquisa; e contribuição dos docentes à atividade de ensino e pesquisa na graduação), corpo discente, teses e dissertações (quantidade de teses e dissertações defendidas; distribuição das orientações entre os docentes; qualidade da produção científica do programa; eficiência na formação de mestres e doutores bolsistas), a produção intelectual (publicações qualificadas; produção artística; e produção técnica) e inserção social (impacto regional/nacional do programa; visibilidade e transparência na atuação do programa; integração com outros programas e centro de pesquisa).

Nos programas profissionais, os critérios são bastantes semelhantes aos quesitos avaliativos dos programas acadêmicos, diferenciando-se pelos seguintes itens: no quesito “proposta do programa”, são considerados os itens “interação efetiva com outras instituições, atendendo a demandas sociais, organizacionais ou profissionais” e “formação de profissionais capacitados para a solução de problemas”; e no quesito “corpo discente e trabalho de conclusão”, avalia-se a aplicabilidade dos trabalhos produzidos.[5]

Para Margarete Axt (2004, p. 69/83), a avaliação dos programas de pós-graduação, apesar de necessária, não é suficiente. Além do processo avaliativo, deve-se criar estratégias de intervenção para o engendramento de novos agenciamentos, indo contra o pensamento homogêneo, que individualiza e cria uma competição excludente entre os PPG’s. Ademais, a autora critica a ausência de autonomia para a tomada de decisões quanto aos aspectos a serem valorizados pelo próprio Programa, defendendo que hajam avaliações mais democráticas e que considere as avaliações qualitativas que levem em conta a história de cada programa na busca de seu desenvolvimento. A padronização e o estabelecimento de *rankings* é uma política de homogeneização entre as diferentes áreas do conhecimento.

[3] Portaria n.º 59, de 21 de março de 2017.

[4] Portaria n.º 59, de 21 de março de 2017.

[5] Portaria n.º 59, de 21 de março de 2017.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Em razão da necessidade de avaliar a produção intelectual e artística para a qualificação dos programas de pós-graduação, a CAPES também exerce uma importante regulação nos periódicos científicos, trabalhos artísticos e nos livros publicados, feito mediante o sistema avaliativo Qualis e suas três divisões: Qualis periódicos, Qualis livros e Qualis artístico.

Criado em 1998 e modificado sob o prisma de seu atual modelo, em 2007, o Qualis periódicos se trata de um sistema nacional de avaliação onde as revistas científicas são classificadas em diferentes estratos dependendo do maior ou menor cumprimento de determinados requisitos. Essa estratificação demonstra o grau de excelência e qualidade da revista utilizada para a publicação. Ademais, o Qualis periódicos é utilizado como avaliação e classificação da produção científica em periódicos dos programas de pós-graduação, sendo seus dados utilizados para o sistema de avaliação da CAPES.

Todas as informações fornecidas pelas instituições de ensino superior são disponibilizadas em forma de listas de acesso via internet na Plataforma Sucupira, uma ferramenta que reúne informações sobre a pós-graduação no Brasil, servindo de base para o Sistema Nacional de Pós-Graduação – SNPG. A lista fornecida não é exaustiva, trata-se de uma lista de periódicos que mediante a colheita de informações fornecidas pelos programas de pós-graduação que as utilizaram como meio de publicação no período de análise. (CAPES, 2018).

A classificação é realizada pelas 49 áreas de avaliação e passa por um processo anual de atualização. A maior qualificação é o Qualis A1, seguida por A2, B1, B2, B3, B4, B5 e C, esse último com peso zero. A classificação é realizada pelos comitês das quarenta e nove áreas de avaliação, que seguem os critérios definidos pela área e aprovados pelo Conselho Técnico-Científico da Educação Superior - CTC-ES. (CAPES, 2018).

Entende-se que os índices divulgados pelo Qualis têm a possibilidade de influenciar de maneira direta na escolha do pesquisador do veículo de publicação de seu trabalho acadêmico, criando, assim, a função para o Qualis de um poderoso indicador sobre o valor dos periódicos, produzindo uma tendência onde as revistas se tornem cada vez mais restritivas em seu acesso para publicação. (SILVA, 2009, p. 120).

O Qualis artístico foi implementado em 2007 e é voltado especificamente para a área de avaliação Artes e Música. Ele considera que a produção artística, quando vinculada aos programas de pós-graduação pertencentes à essa área, tenha sua avaliação utilizando os mesmos critérios e avaliações compreensíveis às demais áreas de avaliação, sendo considerada, equiparadamente, uma produção bibliográfica. Para essa categoria do Qualis, o impacto da obra, sua repercussão e abrangência e o grau de vinculação com a linha de pesquisa ou projeto de pesquisa com o autor são os dois aspectos norteadores na avaliação realizada pela CAPES. (CAPES, 2018). Da mesma maneira que o Qualis periódicos, sua estratificação é feita com os conceitos C, B5, B4, B3, B2, B1, A2 e A1.

Por último, o Qualis livros avalia a produção intelectual dos pesquisadores e de seus programas feita através de livros, sejam eles de uma única autoria ou editoração de coletânea de capítulos. Diferentemente das outras duas categorias do sistema avaliativo, o Qualis livros apresenta uma classificação inversa: L1, como

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

estrato inferior, passando por L2, L3, L4, esse último o estrato superior e LNC[6], que são aqueles não considerados na avaliação.

A grande peculiaridade da avaliação pelo Qualis livros é que estão ausentes indicadores, como o de circulação e impacto em indexadores reconhecidos, que possibilitariam mensurar a qualidade de um periódico científico em que foi publicado após avaliação qualitativa da obra, cujos "textos, dados, metodologias e contextualização são previamente examinados quando do julgamento do artigo pelos pares". (CAPES, 2018). Ou seja, como os livros são obras únicas, a avaliação do seu "veículo de publicação" seria altamente subjetiva.

Por último, a CAPES exerce a atividade de fomento à pesquisa e ao ingresso e manutenção na pós-graduação por meio de premiações, concessões de bolsas e auxílios de pesquisa.

2 A compreensão sobre a noção de Agência Reguladora no Brasil

Resumidamente, a reforma administrativa, encabeçada por Luiz Carlos Bresser Pereira, do extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, buscou implementar na burocracia do Poder Público uma reforma gerencial que, estrategicamente, visava obter o controle posterior de resultados, a garantia da autonomia do administrador na gestão de recursos humanos e a definição precisa dos objetivos do administrador público em sua entidade, órgão ou departamento. (NOHARA, 2012, p. 81).

A reforma da Administração objetivava repassar as atividades consideradas como não exclusivas do Estado para a execução pela sociedade civil, tendo inicialmente, como foco prioritário, não os serviços sociais[7], mas os serviços públicos privativos. Em outras palavras, voltava-se à privatização de atividades econômicas em sentido estrito exploradas diretamente pelo Poder Público. Porém, os serviços sociais passam também a serem considerados questões centrais para a continuidade do processo de reforma administrativa. (GABARDO, 2009, p. 110-111).

Para Bresser-Pereira (1996, p. 7), houve, nesse aspecto, a tarefa de redefinição das funções do Estado, surgida em decorrência da globalização. O autor entende que a regulação e intervenção continuariam necessárias em áreas sensíveis (saúde, educação, cultura, infraestrutura, ciência e tecnologia), não mais apenas garantindo o equilíbrio social, mas, também, capacitando os agentes econômicos a competir a nível mundial.

Dessa maneira, houve a delegação ao privado de serviços anteriormente sob incumbência do Estado e criou-se, juntamente com esse processo de diminuição da máquina administrativa, entidades com personalidade jurídica e descentralizadas para regulamentar essas atividades. Melhor dizendo, converteu-se o processo de descentralização (ARAGÃO, 2013, p. 213) por delegação legal, que originavam as novas entidades

[6] Os "LNC" são desconsiderados "por não terem conteúdo vinculado às áreas de concentração e linhas de pesquisa dos Programas ou por não se tratarem de livros de caráter acadêmico". Em: CAPES (2018).

[7] Emerson Gabardo advertiu, mencionando Carlos Ari Sundfeld, que a utilização do termo "serviço social" abarca os serviços sem titularidade estatal, ou não privativos. Em: GABARDO, 2009, p.110. O segundo autor, então, os conceitua como "à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação (CF, arts. 205 a 208, e 210 e 214), saúde (CF, art.196 e ss.) e assistência social (CF, arts.203 e 204; 227, §1º; 226, §8º), aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc.". Em: Sundfeld (2017, p. 83-84).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

da Administração Indireta, por descentralização por delegação negocial, com o desempenho das atividades por meio do sistema de concessão de serviços públicos. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 516).

Neste contexto, tais entidades, intituladas como Agências reguladoras, podem ser compreendidas como instrumentos de controle estatal de atividades econômicas que a Administração Pública considere relevante regular. O Poder Público adotou uma postura de concentração regulatória normativa, deixando de lado o antigo comportamento de concentração regulatória operacional (AGUILLAR, 2016, p. 235). A elas foram atribuídas, como função principal, controlar a prestação dos serviços públicos, o exercício de atividades econômicas e a atuação da sociedade civil que passou a executá-los, com amplo poder de impor a adequação das pessoas privadas aos fins e estratégias econômicas e administrativas estatais (CARVALHO FILHO, 2017, p. 517). Além disso, possuem a incumbência de identificar falhas específicas no setor regulado para buscar evitar práticas restritivas à livre competição entre licitantes para o alcance de contratações mais adequadas às necessidades coletivas.(NOHARA, 2018, p. 608).

Como prerrogativas para o exercício desse múnus público, adotou-se um modelo pluricêntrico de Estado que afastou do poder central os critérios político-partidários de decisão, com a premissa de que, tendo liberdade de agir, as agências reguladoras poderiam realizar os objetivos fixados na lei e as políticas públicas estabelecidas pela Administração Central (ARAGÃO, 2013, p. 221) de maneira mais adequadas às especificidades de cada serviço. Assim, para que haja uma atuação eficaz, necessita de: ampla autonomia técnica, administrativa e financeira; expedir normas operacionais e de serviço, para acompanhar o ritmo do desenvolvimento do serviço público regulado; aplicar sanções com celeridade; associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço. (AZEVEDO, 1998, p. 142).

Vale destacar o seu dever-poder de realizar políticas públicas no setor regulado. Isso porque o artigo 174 da Constituição Federal prenunciou que, quando a Administração Pública atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, ele exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento[8]. O que se nota, também, é a necessidade de, ao contrário do que se compreendia na autarquia, que realizado o controle de meios, houvesse o controle de resultados. (AZEVEDO, 1998, p. 142-143)

Entretanto, a independência administrativa, autonomia administrativa, financeira, funcional, patrimonial e gestão de recursos humanos são elementos que, notadamente, já existem em qualquer autarquia. O que realmente possui como diferencial em relação às autarquias é em relação à investidura e o exercício fixo do mandato dos dirigentes das agências. (MELLO, 2014, p. 178). Ou seja, os dirigentes não são livremente exoneráveis pelo Chefe do Executivo.

De fato, em comparação com as autarquias “gerais”, possuem poucas diferenças. Segundo o Estatuto da Reforma Administrativa Federal, Decreto-Lei n.º 200/1967, as autarquias traduzem-se em um “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e

[8] Quanto à questão de planejamento, Vanice Regina Lírio do Valle entende que “a enunciação de programas de ação contemplando cada qual as etapas que permitem a sua escolha e detalhamento – é prática que traduz objetivamente o dever de planejamento da ação estatal (art.174 da CF), dever esse que lança seus olhos para além do administrar o presente, da gestão ordinária dos fatos conjunturais, incorporando uma visão dos efeitos de longo prazo do agir do poder”. Em: Valle (2016, p. 78).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

financeira descentralizada". Portanto, é uma pessoa jurídica criada por lei, com personalidade e natureza jurídica públicas, capacidade de autoadministração, especialização dos fins ou das atividades e sujeição ao controle de tutela.

No entanto, o que compreenderiam atividades típicas da administração pública mencionado no Decreto-Lei? José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 499) aduz que, apesar de difícil nomenclatura, tratar-se-ia da execução de serviços públicos de natureza eminentemente social e de atividades administrativas, excluindo-se, nesse sentido, os serviços e atividades de cunho econômico e mercantil, adequados ao escopo das empresas estatais.

Em outras palavras, as autarquias podem possuir como objeto a assistência, o fomento, gestão previdenciária, educacionais, culturais, profissionais, corporativas, ambientais, administrativas e de controle (NOHARA, 2018, p. 593-595), atividades essas de exercício típico pelo Estado por disposição constitucional expressam.

Quanto à independência no agir das agências reguladoras, qual seria o limite? Relembra Nohara que, inicialmente o Plano Diretor de Reforma do Estado buscava uma transformação jurídica da qual presenciamos hoje. Inicialmente, a ideia seria transformar as autarquias e fundações públicas existentes e que manejassem poderes da Administração Pública em agências autônomas, sob a administração por contrato de gestão, com ampla liberdade para gerir os recursos colocados à disposição. (NOHARA, 2012, p. 85)

Dessa maneira, Nohara compreende que a agência não possui independência em relação ao Poder Executivo, por aquela fazer parte da Administração Indireta, tendo a possibilidade de supervisão ministerial sobre atos que extrapolem as atribuições institucionais; ao Poder Legislativo, pois a agência deve obediência ao princípio da legalidade e à reserva legal constitucional, bem como a previsão de controle pelos Tribunais de Contas, por serem pessoas jurídicas de direito público e receberem dotações orçamentárias que lhes garantem autonomia financeira; ao Poder Judiciário[9], que podem controlar os atos das agências se violarem o ordenamento jurídico, ressalvados os casos alternativos de composição de interesses. (NOHARA, 2018, p. 622-623).

Outra vez, quando comparada com as autarquias comuns, estas também se submetem ao controle do Poder Central, na medida que é um poder que "assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado". MELLO, 2014, p. 166).

Finalmente, diante dos elementos aqui elencados, defende-se que a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior é, de fato, uma agência reguladora que norteia em nível nacional o serviço público[10] de educação superior e pesquisa acadêmica. Dessa maneira, é necessário trazer, no próximo capítulo,

[9] É correto o posicionamento de Maurício Zockun, que entende que ao Judiciário corresponde examinar os excessos e arbítrios praticados, identificando as hipóteses que a solução adotada não condiz com o fim pretendido em lei. Ademais, ele pode atuar como legislador positivo em campo que não lhe é próprio, mas isso não o autoriza a se substituir às atividades desempenhadas pelos demais poderes, salvo quando houver falta de norma regulamentadora sobre determinada matéria e quando for o exercício de competência vinculada da Administração. Em: Zockun (2008, p.171-173).

[10] "Na regulação da pós-graduação *stricto sensu* diversos interesses estão em disputa. A educação não é um processo único, automático e previsível; é um complexo modelo de múltiplas regulações, em constante movimento e não acabado. Por envolver a sociedade e a formação humana, a regulação da atividade educacional acompanha as mudanças do contexto social em que está inserida". Em: Hamada (2017, p. 231).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

as características jurídicas, as atividades que disciplinam, funções e outros elementos elencados neste capítulo e correlacionar com os fundamentos e atuação da CAPES.

Como pondera Guilherme Henrique Hamada (2017, p. 117), a fundação CAPES deixou de ser apenas uma comissão da Administração Central responsável por uma campanha no setor de ensino, transformando-se numa grande estrutura que é responsável pelos rumos da pós-graduação *stricto sensu* brasileira.

3 O Poder Regulador sobre a pós-graduação

A CAPES tem a titularidade e exerce o papel da Administração Pública de regular a Educação, ciência e tecnologia, em nível de pós-graduação *stricto sensu*. A entidade não está dissociada dos programas de pós-graduação que regula, pois a definição das políticas de pós-graduação e da sistemática do processo de avaliação são definidas e concretizadas por professores dos PPG's. Em outras palavras, a avaliação traduz os valores acadêmicos das áreas de conhecimento avaliadas e as convicções dos pares. (MACARRI; LIMA; RICCIO, 2009, p. 93).

Para Guilherme Hamada (2017, p. 230), as atividades exercidas pela CAPES precisam ser compreendidas a partir do papel constitucional do nível educacional. Isso porque "a educação é um direito social complexo, cuja importância está ligada aos fundamentos e objetivos da República, atuando como propulsora do desenvolvimento nacional".

A CAPES, com seu poder regulatório e de fomento, possui, como outras agências reguladoras, legitimidade para atuar com políticas de pós-graduação e de educação superior priorizadas na conjuntura político-econômica de cada governo, com objetivos e conceitos diferentes para desenvolvimento, o papel da comunidade acadêmica e da tecnologia e inovação. (SGUISSARDI, 2006, p. 78).

Mas em que consiste o termo regulação? Vale-se, aqui, do conceito trazido por Floriano Marques Azevedo Neto (2002, p. 14): para o autor, a regulação é a atividade estatal mediante a qual a Administração Pública, seja por intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou consagração de políticas públicas.

Conforme mencionado em capítulo anterior, uma agência reguladora possui algumas atividades que estão sob sua incumbência em disciplinar. As que merecem destaque são: a) os serviços públicos propriamente ditos; b) as atividades de fomento e fiscalização de atividade privada; e c) as atividades que o Estado também protagoniza, mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares exercerem. (MELLO, 2014, p. 174-175). Outrossim, as agências reguladoras objetivam mediar os interesses específicos no setor, implementa políticas públicas de acordo com as pretensões e planejamento da Administração direta, tutela os interesses dos segmentos considerados hipossuficientes. (MARQUES NETO, 2002, p. 92).

Curiosamente, na obra de comemoração dos cinquenta anos de existência da CAPES, os depoimentos e produções ali apresentados utilizam em vários momentos o termo "agência" para se referir à fundação. (FERREIRA; MOREIRA, 2001). A fundação pública em estudo notoriamente disciplina as atividades anteriormente levantadas. Primeiro, por fiscalizar uma atividade administrativa notadamente considerada como

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

serviço público exercível pela Administração Pública e por particulares. Segundo, por realizar atividades de fomento e fiscalização da atividade privada por meio da avaliação das faculdades e concessão de bolsas e auxílios financeiros a projetos de universidades públicas e privadas. Terceiro, por ser a educação superior e a pesquisa e desenvolvimento atividades de ampla importância econômica e social, fato esse que é notado no escopo de outras agências reguladoras.

Nesse sentido, é possível traçar a influência da CAPES nos programas de pós-graduação nos seguintes aspectos: a) é um direcionador estratégico dos programas, na medida em que os seus parâmetros avaliativos influenciam na definição dos requisitos para a contratação dos docentes e a sua atuação (produção intelectual e formação dos discentes); b) na qualidade, pois, inegavelmente, os critérios estipulados vem influenciando o direcionamento dos esforços e investimentos da pós-graduação para a melhoria da produção intelectual docente e discente e na infraestrutura; c) na produtividade, pois a natureza quantitativa do processo avaliativo induz ao alto desempenho quantitativo de produção intelectual; d) e na inserção social, por exigir uma formação docente altamente qualificada e a participação dos programas no desenvolvimento da pós-graduação em regiões mais carentes academicamente. (MACARRI; LIMA; RICCIO, 2009, p. 92-93).

O que se percebe, assim, é que o direcionamento dos programas de pós-graduação aos níveis de qualidade desejados por meio da avaliação é, justamente, um mecanismo de regulação estatal exercido de maneira explícita pela CAPES, sendo assim, um órgão estatal regulador da pós-graduação *stricto sensu* brasileira. (HAMADA, 2017, p. 125). Além disso, a avaliação, no sentido de regulação e controle, vem sendo o instrumento central na reforma ou modernização conservadora da máquina pública e da educação superior. (SGUISSARDI, 2006, p. 52).[11]

Ademais, para José Dias Sobrinho (2003, p. 35), sob a concepção do "Estado Avaliador", o processo de avaliação da educação superior brasileira tem sido praticada como um instrumento privilegiado de regulação, que ultrapassa as barreiras burocráticas de controle, modelação e fiscalização. Como denota Anna Elizabeth Galvão Coutinho Correia (2012, p. 191-192), que analisou a influência da CAPES sobre os programas de pós-graduação em Física, percebe-se que a referida entidade intervém quantitativa e qualitativamente nesses programas, em razão de que as universidades e docentes são avaliados por todas as atividades exercidas. Mais especificamente, o método mais comum de avaliação é por meio da produção científica. Assim, no caso em análise, a pesquisadora percebeu que nos programas com conceito CAPES 7, a maioria dos docentes são altamente produtivos em se tratando de publicação de artigos científicos.

Em outro exemplo, agora no setor de educação física, a CAPES também influencia diretamente. A produção intelectual nessa área do conhecimento vem sendo fomentada no sentido de se produzir mais a despeito da qualidade.[12] Tendo como exemplo um dos pilares da avaliação dos PPG's, a análise da produção

[11] "Dada a tradição da universidade brasileira de falta de autonomia em relação ao Estado e, portanto, também de ausência de cultura de avaliação e autoavaliação institucional e porque sempre se ateve a responder a demandas externas, estatais, de avaliação, a relação da comunidade acadêmica da pós-graduação com o "Modelo CAPES de Avaliação" é de profunda ambiguidade. Ao mesmo tempo em que o reconhece como legítimo, o teme. Ao mesmo tempo em que o teme, e talvez por não identificar adequadamente sua natureza e especificidade de regulação e controle em nome do Estado, atribui-lhe todo o poder de definir a efetiva qualidade que devem ter os programas de pós-graduação. E a qualidade da pós-graduação brasileira passa a ser a que for definida pelo "Modelo CAPES de Avaliação". Em: Sguissardi (2006, p. 79).

[12] Complementarmente, os autores entendem que "o sistema de avaliação da produção científica pode influenciar nas ações dos sujeitos envolvidos com a pesquisa na Educação Física, direcionando suas práticas para investigações que possibilitem um acúmulo de capital científico, representado pela somatória de artigos publicados, procurando, principalmente o reconhecimento e o prestígio no meio acadêmico-científico, ignorando questões que

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

científica via artigos é feita por critérios pré-estabelecidos que norteiam tanto os avaliadores quanto os avaliados, nesse sentido, definir critérios para a classificação de revistas é, em resumo, estabelecer a política que determinará os rumos da própria forma de se fazer pesquisa no país. (HACHEM, 2018). Isso porque a tendência natural, em razão da busca de melhores pontuações para o programa, é interessar-se em veículos para publicação mais bem classificados.

Luis Felipe Nascimento (2009, p. 581) defende que a necessidade de alcançar boas pontuações na avaliação cria, de fato, uma pressão para que os professores publiquem em periódicos e, consequentemente, tem gerado um alto nível de estresse, com uma tendência de adaptação e, como resultado, a adaptação docente aos critérios, reduzindo sua dedicação às atividades pouco ou não pontuadas.

Para Rita de Cássia Barradas Barata (2016, p. 16-17), Diretora de Avaliação da CAPES, o Qualis periódicos: não é uma base de indexação de periódicos, não é uma base bibliométrica e não permite o cálculo de nenhuma medida de impacto, não é uma fonte adequada de classificação da qualidade dos periódicos científicos para outros fins que não a avaliação dos programas de pós-graduação, não é uma classificação absoluta e, finalmente, não é uma ferramenta que possa ser utilizada em avaliações do desempenho científico do pesquisadores.

A avaliação das revistas científicas, entretanto, não deve ser considerada apenas como mero instrumento a ser utilizado no processo de avaliação dos programas de pós-graduação. Sua função ultrapassa essa concepção inicial. Restringir teoricamente sua atuação ignora a realidade dos seus impactos perante a comunidade acadêmica, segrega a pesquisa científica que ocorre dentro e fora dos institutos de ensino superior e entre as diversas áreas do conhecimento. (GABARDO; HACHEM; HAMADA, 2018, p. 181).

De fato, a avaliação realizada pela fundação pública é caracterizada por três eixos: a) feita por pares oriundos de diferentes áreas do conhecimento e reconhecidos por sua reputação intelectual; b) possui natureza meritocrática, levando à classificação dos e nos campos disciplinares; c) ela associa reconhecimento e fomento, definindo assim políticas e estabelecendo critérios para o financiamento de programas. (BRASIL, 2011, p. 125).

Ademais, insta relembrar que a própria CAPES possui a competência de autorizar, punir ou encerrar um programa de pós-graduação dependendo da avaliação que obter. Somente com a entrada do programa de mestrado e doutorado no Sistema Nacional de Pós-Graduação possibilita que os diplomas emitidos pela instituição sejam reconhecidos pelo Conselho Nacional de Educação do MEC com base na avaliação realizada pela CAPES.

A Portaria n.º 161 de 2017 da CAPES disciplina o processo de avaliação de propostas de cursos novos e deixa explícito que as propostas serão enviadas à fundação para a avaliação e posterior parecer final do CTC-ES. Após o resultado definitivo, as decisões tomadas serão encaminhadas à Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação para que delibere e depois tenha a homologação pelo Ministro de Estado da Educação. Quando, no entanto, uma proposta de um novo programa de mestrado ou doutorado ou um existente não alcança a nota mínima 3, fica ameaçado de não integrar o Sistema Nacional de Pós-Graduação.

emergem da sociedade e que precisam de uma atenção especial de toda a comunidade científica e daqueles envolvidos com a produção de conhecimento na Educação Física". Em: Maschlewski. Silva e Soriano (2011, p.113).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Consequentemente, com o não reconhecimento, o programa de pós-graduação não poderá mais aceitar novos discentes, emitir diplomas, receber determinados tipos de auxílios financeiros, bolsas e outros tipos de fomento.

O poder da avaliação e da condução normativa da pós-graduação deixa explícito o poder de polícia que a fundação exerce. Essa espécie de atividade consiste, assim, na imposição de limitações administrativas previstas em lei, na fiscalização, e na repressão de atividades não compatíveis com o bem-estar geral. (NOHARA, 2018, p. 652).

A CAPES também fomenta os programas pertencentes ao SNPG. Além da tradicional concessão de bolsas nos níveis de mestrado, doutorado, doutorado sanduíche e pós-doutorado, a entidade também é responsável por apoiar os programas com repasses diretos de recursos financeiros. Se não bastasse isso, também vem realizando ações indutivas, com o desenvolvimento de projetos com formação de pessoal em áreas consideradas estratégias pelo governo em termos de desenvolvimento econômico, científico, tecnológico e segurança nacional. (BRASIL, 2011, p. 260).

De acordo com o Sistema de Informações Georreferenciadas da CAPES – GEOCAPES, no ano de 2016, a fundação dedicou cerca de R$ 3.112.681.395,00 para a concessão de bolsas de pesquisa. Além disso, distribuiu 100.433 bolsas das mais diversas categorias de financiamento. O fundo dedicado foi partilhado entre os 4295 programas que pertencem ao SNPG. (CAPES, 2018).

Como o próprio texto do Plano Nacional de Pós-Graduação de 2011-2020 assentiu, “a expansão e consolidação do SNPG são uma decorrência do importante papel desempenhado pela CAPES que sempre traçou as suas orientações estabelecendo as metas e objetivos a serem alcançados, em colaboração com a comunidade científica”. (BRASIL, 2011, p. 155). Afinal, o sistema de pós-graduação constitui um conjunto de universidades, com perfis e propostas diversos, tendo autonomia para criar ou fechar cursos, mas depende do financiamento da CAPES e de seu *ranking*, que lhes atribui o selo de qualidade necessário. (BRASIL, 2011, p. 127).

Valdemar Sguissardi (2006, p. 76) atestou que a realidade da CAPES como uma agência financiadora é uma entidade que premia, pune e exclui de acordo com a classificação obtida pelo programa com base em procedimentos de avaliação (com mensurações, quantificações e qualificações próprios), mesmo que se utilizando de representatividade da comunidade científica, que também demonstram interesse no que o autor chama de “corrida competitiva por credenciais acadêmico-científicos”. Esses fatos comprovam que o modelo avaliativo se caracteriza como um conjunto de procedimentos e atos de regulação e controle para “acreditação ou garantia pública de qualidade” no interesse do Poder Público e da sociedade do que um modelo típico de avaliação (avaliação educativa ou diagnóstico-formativa). Outrossim, o que se percebeu também devido o sistema de pós-graduação nacional deter pouca autonomia, os modelos de avaliação têm se substituído ao processo de autoavaliação das universidades, necessárias para a comunidade acadêmica.

A título comparativo, é possível ilustrar as características da Agência Nacional do Petróleo e a Agência Nacional de Energia Elétrica. A ANP, de acordo com a o sétimo artigo da Lei n.º 9478 de 1997, possui a incumbência, dentre várias, de autorizar a atividade de comercialização de gás natural; regular e autorizar as atividades de comercialização de biocombustíveis; fomentar a pesquisa e adoção de novas tecnologias na

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

exploração, produção, transporte, refino e processamento; implementar a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis; e promover a licitações para a concessão de exploração e produção.

Já a ANEEL, segundo o artigo terceiro da Lei n.º 9427 de 1996, tem como principal missão: implementar as políticas da Administração Pública Federal para a exploração da energia elétrica; estabelecer as metas a serem alcançadas pelas concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição elétrica; e estabelecer mecanismos e regular o serviço concedido, com fiscalização permanente da prestação do serviço de energia elétrica.

Nos exemplos citados, sem considerar a nítida diferença quanto ao objeto regulado, as agências reguladoras e a CAPES exercem funções quase idênticas sobre o serviço público e a atividade econômica, quais sejam: regulação, fiscalização e fomento.

Outra característica comum entre as agências reguladoras é seu controle concorrencial, como ocorre de maneira mais explícita na ANAC, com certa pluralidade de empresas de transporte aéreo privado, na ANS, com os variados planos de saúde privados e na ANATEL, regulando as inúmeras empresas de telecomunicações atuantes no Brasil. Segundo Alexandre dos Santos de Aragão, todas as agências reguladoras têm, na realidade, entre os interesses primários, a proteção e ampliação da concorrência. (ARAGÃO, 2013, p. 308). Na prática, o modelo regulatório da CAPES, em razão de suas características, tende a incentivar a competição entre os programas de uma mesma área, além de substituir a autonomia pela heteronomia e conduzir à conformidade. (SGUISSARDI, 2008, p. 861).

Quanto à característica estrutural das agências reguladoras no Brasil, sabe-se que ela consiste na impossibilidade de exoneração *ad* nutum aos seus dirigentes e periodicidade determinada que lhe dão a característica de serem “autônomas”. Não parece, sem embargo, que a ausência dessas características seja um elemento essencial para deslegitimar o status de agência reguladora da CAPES, devido ao seu quase-irrestrito-poder e impacto econômico e social que possui sobre a pesquisa científica brasileira.

Relativamente a essa maior autonomia delegada às agências, dada pelo mandato fixo de seus dirigentes e previsão de quarentena dos diretores desvinculados, não impossibilita o Poder Público de exercer controle sobre elas. Fato é que em qualquer entidade pertencente à Administração Pública sofre o controle hierárquico e o controle político. Regina Silva Pacheco (2006, p. 539-540) sustenta que o controle hierárquico consiste na relação de autoridade que se estabelece entre o nomeador (no caso, o chefe do Poder Executivo) e o nomeado. Tradicionalmente, esse controle é exercido pelo Presidente da República por meio da livre nomeação e exoneração. Nesse tipo de controle, a autonomia das agências e o controle do Poder Executivo são usualmente considerados antinômicos em razão de o controle residir basicamente no poder de nomeação/demissão dos dirigentes pelo Presidente.

No caso do controle político, exige-se uma supervisão permanente exercida por diferentes atores além do Poder Executivo, como uma ação simultânea e complementar dos demais poderes. Sem o controle simultâneo praticado pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário, estar-se-ia diante do controle hierárquico. Contudo, o controle político não se dá por meio do poder de demissão dos dirigentes, mas por outros mecanismos. (PACHECO, 2006, p. 540).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Até o momento, a nomeação da diretoria da CAPES é feita sem periodicidade determinada e com livre exoneração, como observado nos mandatos de alguns dirigentes da entidade: Abílio Afonso Baeta Neves, que encabeçou a Coordenação por nove anos (1995-2003) e Jorge Almeida Guimarães, que presidiu a instituição por onze anos (2004-2015).

O que necessitaria, nesse aspecto formal, seria somente a promulgação de uma nova lei pelo Congresso Nacional que acrescentasse algum dispositivo na normativa da Lei 8.405 de 1992 para garantir a proibição da exoneração *ad nutum* e a periodicidade nos cargos de diretoria. A alteração não implicaria numa mudança estrutural da CAPES, mas somente afetaria questões secundárias em sua diretoria. Como afirma Irene Nohara (2018, p. 601), "nada impede que a lei estabeleça normas especiais para determinada autarquia ou categoria de autarquias".

Segundo as disposições da lei n.º 9986 de 2000, que discorre sobre a gestão de recursos humanos das Agências reguladores, ressalta que a agência reguladora deve ser dirigida em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores (artigo quarto). Além disso, o artigo quinto determina que os membros dessa Diretoria deverão ser brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos que serão nomeados, sendo cumpridos esses requisitos, submetidos à nomeação pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal.

Alexandre de Aragão (2013, p. 601) entende que a formação técnico-especializada necessária aos dirigentes das agências reguladoras pode ser de conteúdo certo, quando previsto o termo "formação universitária" ou conceitos jurídicos indeterminados, quando expressa "elevado conceito no campo de especialidade dos cargos". Outrossim, defende que pode imperar o controle judicial, quando ocorrer o descumprimento tanto do requisito "formação universitária" quando "elevado conceito de especialidade do cargo".

Deveras, conforme explanado no primeiro capítulo, existe na estrutura administrativa da CAPES uma Diretoria-Executiva encabeçada pelo seu Presidente, bem como satisfaz os outros requisitos da Lei n.º 9986, a saber: a diretoria é escolhida entre professores com formação universitária elevada, por ter a titulação de doutor e, por abranger todas as áreas do conhecimento, a escolha de uma reputação em qualquer campo científico também atende o requisito "elevado conceito no campo de especialidade do cargo". Admite-se, no entanto, que isso não consiste em uma regra positivada, mas sim um costume gerado em razão do predomínio da comunidade acadêmica e no objeto que a CAPES regula que é a pós-graduação. A prática, contudo, demonstra que todos os dirigentes da instituição detinham elevada formação e conhecimento técnico.

A educação, ciência e tecnologia, devido a sua obrigatoriedade de provimento pelo Estado e a autorização constitucional dando possibilidade do exercício da atividade econômica de educação em todos os níveis de ensino, entendeu-se que a papel regulatório do Estado se caracteriza em um regime híbrido. Em outras palavras, ela regulamenta um serviço público propriamente dito e uma atividade econômica.

Em razão disso, surgem questionamentos, como os levantados por Valdemar Sguissardi (2008, p. 862): qual seria a concepção da educação superior? De Direito e bem público ou um serviço e bem privado/mercantil?

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Qual seria o modelo de expansão da educação superior, estatal ou privado? Qual seria a natureza da regulação e controle, se privilegia a competição, a eficiência e eficácia típica de mercado?

Ademais, numa agência reguladora, sabe-se que há uma pluralidade de interesses, como a universalização dos serviços sob sua regulação, a proteção de consumidores, o desenvolvimento tecnológico nacional, a atração de investimentos estrangeiros, a ampliação da concorrência e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. (ARAGÃO, 2013, p. 306). Mas, ao contrário do entendimento de Alexandre Santos de Aragão, a existência de interesses díspares (públicos e privados) e o dever das agências reguladoras de buscar, dentro do mandamento de otimização que lhes é inerente, a compatibilização possível entre eles para o alcance do consenso, não supera a supremacia do interesse público.[13] Longe disso, o consenso entre os diversos interesses, atendendo o interesse da coletividade é a verdadeira supremacia do interesse público.

Como assenta Floriano Marques Neto (2002, p. 20), com a vinda das autarquias em regime especial para a regulação de serviços públicos, há um grande impacto causado entre a separação entre o operador e regulador ensejado pela delegação da exploração de serviço público aos particulares, que implica em profunda transformação no panorama regulatório, tornando mais complexa a regulação sobre atividades econômicas. Outro impacto ainda maior é na introdução da competição na exploração dessas atividades. Surgiu-se, assim, o entendimento que o serviço público seria uma atividade que, em razão de sua importância social, justifica que a Administração reserve para si o dever de assegurar a execução da atividade, não implicando na prerrogativa de exploração exclusiva.

Portanto, na realidade, uma agência reguladora sempre teria a hibridez de seu objeto como característica fundamental. No setor de geração e transmissão de energia elétrica, a Eletrobras, sociedade de economia mista, divide a responsabilidade pelo atendimento do serviço público de energia elétrica com outras empresas privadas, sendo, no entanto, todas reguladas pela ANEEL.

Contudo, a ideia de hibridez defendida se volta ao objeto regulado e não na atuação do Estado (intervencionismo híbrido), apesar de também ser um fator que caracteriza a CAPES e outras agências reguladoras. Explica-se: o intervencionismo híbrido consiste na forma sobre a qual o Estado atuará na economia, utilizando-se, no caso, de elementos de atuação direta, com a organização de entidades públicas para administrar a atividade econômica e, elementos de atuação indireta, que se traduz na ideia de Estado regulador, que fiscaliza, planeja e incentiva. Em outras palavras, a ação híbrida do Estado no domínio econômico, que se traduz na ideia atual das agências reguladoras, o Poder Público, age diretamente no domínio econômico ao criar uma autarquia especial, a agência reguladora e a normatização feita pelo ente regulador em seu domínio econômico é a manifestação da ação indireta estatal. (BIZZOTTO, 2016, p. 133-135).

Finalmente, com relação à CAPES, qual seria o seu objeto híbrido? Segundo o GEOCAPES, dos 4295 PPG's existentes, 81,6% dos programas de pós-graduação são públicos (federais, estaduais e municipais),

[13] Ver o posicionamento de Alexandre Santos de Aragão: "as decisões das agências reguladoras dever-se-ão pautar por critérios ponderados de exercício da discricionariedade muito mais complexos do que uma ultrapassada "supremacia do interesse público": há diversos interesses públicos, alguns contraditórios entre si; há interesses de várias categorias de consumidores; os interesses das empresas reguladas podem ser antinômicos, etc. Diante disto, as agências reguladoras devem buscar, dentro do mandado de otimização que lhes é inerente, a maior compatibilização possível entre eles, compatibilização esta que, no ponto ideal, alcançaria o consenso". Em: Aragão (2013, p. 307).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

enquanto 18,4% (792) são privados. Da oferta pública, 57,7% (2478) são federais, 23% (993) são estaduais e 0,7% (32) são municipais. (CAPES, 2018).

Dessa maneira, o que há como peculiaridade na oferta de pós-graduação no Brasil é que, enquanto parte do mestrado e doutorado é ofertado como um serviço público, caracteristicamente realizado por meio de autarquias universitárias, a outra parte oferta o mesmo serviço (não público) seguindo o mesmo regramento, as mesmas condições e sofrendo a mesma regulação e fomento. A diferença óbvia, contudo, é que na seara privada o curso possui fins lucrativos e/ou comunitários.

Em todos os programas submetidos à avaliação da CAPES se centraliza a análise de questões fundamentais como o corpo docente, produção intelectual, linhas de pesquisa, estrutura curricular do curso, estrutura física e corpo discente.[14] Não se trata, assim, de uma livre atividade comparada às outras atividades econômicas com livre iniciativa e concorrência como garantida pela Constituição Federal. A seara da educação em nível de pós-graduação no Brasil, a despeito de sua autorização ao exercício da sociedade civil, é caracterizada com ampla regulação sobre a entrada dos agentes no mercado, constante fiscalização, pouca autonomia na gestão de docentes, exigências de produtividade e infraestrutura, obrigatoriedade de colaboração com outros atores do serviço e fomento de seus agentes.

Considerações finais

Entende-se também que a CAPES foi fundada para o cumprimento da obrigatoriedade constitucional do Estado em garantir o desenvolvimento da educação e da pesquisa científica brasileira, sendo, isso posto, atividades típicas. Para tanto, foram a ela incumbidos poderes normativos, fiscalizatórios e de fomento para formular políticas públicas e controlar os programas existentes para traçar o caminho ao desenvolvimento da ciência e da formação de pessoal de alta capacidade técnico-científica.

Isso posto, a fundação possui poderes amplos sobre a educação superior e pesquisa científica, tendo poderes para encerrar programas, regular a qualificação dos trabalhadores, exigir padrões de qualidade, autorizar ou negar a abertura de novos programas de pós-graduação, estabelecer obrigatoriedade de cooperação entre os PPG'S, fiscalizar a produtividade e infraestrutura e exigir contribuições para com a comunidade. É intrigante considerar que uma fundação possui poderes tão vastos como a CAPES exerce em nome do Ministério da Educação e do Governo Federal.

Além do óbvio impacto direto sobre as instituições de ensino superior, os programas de pós-graduação e pesquisadores, a CAPES também impacta, indiretamente, a sociedade como um todo. Como demonstrado, a fundação pública encabeça o processo de formulação de políticas públicas para o desenvolvimento científico e da pós-graduação brasileira. A partir do momento que exige o desenvolvimento de programas de ponta, a realização de projetos que visem o beneficiamento da sociedade, a colaboração entre os diferentes PPG's para garantir o acesso à pós-graduação nas regiões menos desenvolvidas e, principalmente, fomentar, por meio de

[14] Depoimento de Rosana Arcoverde Bezerra Batista. Em: FERREIRA, Marieta de Moraes; MOREIRA, Regina da Luz. **Capes, 50 anos:** depoimentos ao CPDOC/FGV. Brasília: CAPES, 2001, 238 p.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

financiamento e concessão de bolsas, projetos e pesquisadores para setores de relevância para a segurança nacional, economia e desenvolvimento social, é inegável dizer que a CAPES gera impactos na sociedade brasileira.

Todas essas considerações não pretendem, contudo, descaracterizar a importância da fundação para a pós-graduação *stricto sensu* nacional. A principal questão é: devido aos seus amplos poderes e alta relevância no contexto da academia, o seu status como fundação pública não prevalece, dado ao fato que a CAPES consegue desenvolver, a mando da Administração Central, a política que entender para a educação superior. Assim, sua realidade de fato é: a CAPES é a agência reguladora da educação superior e da pesquisa científica brasileira.

Referências

ADDOR, Nicolas. A liberdade científica como requisito para um Estado democrático. In: BETTES, Janaína Maria; NASCIMENTO NETO, José Osório do; FURIATTI, Luiza de Araújo; SOUZA, Maria Augusta Oliveira de. (Orgs.). **Justiça e democracia.** p. 243-254, Curitiba: Íthala, 2018.

ADDOR, Nicolas. **CAPES:** a agência reguladora da pesquisa científica. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.

AXT, Margarete. O pesquisador frente à avaliação na pós-graduação: em pauta novos modos de subjetivação. **Psicologia & Sociedade**, v. 16, p. 69-85, 2004.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 213, p. 141-148, jul./set. 1998.

BARATA, Rita de Cássia Barrradas. Dez coisas que você deveria saber sobre o Qualis. **Revista brasileira de Pós-Graduação,** Brasília, v. 13, n. 30, p. 13-40, jan./abr. 2016.

BIZZOTTO, Daniel Augusto Arouca; SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. O intervencionismo híbrido e a autonomia do Banco Central do Brasil. **Revista de Estudos Jurídicos UNA,** Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 131-145, 2016.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior,. **Plano Nacional de Pós-Graduação (PNPG) 2011-2020:** Volume I. Brasília: CAPES BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público,** v. 120, n. 1, p. 7-40, jan./abril 1996.

CAPES. **Documento de área:** Ensino 2016. Disponível em: https://capes.gov.br/images/documentos/classifica%C3%A7%C3%A3o_de_livros_2017/46_ENSI_class_livros_jan2017.pdf. Acesso em: 01 jul. 2018.

CAPES. **Sistema de informações georreferenciadas – GEOCAPES.** Disponível em: https://geocapes.capes.gov.br/geocapes/. Acesso em: 20 jul. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **Competências.** Disponível em: http://www.capes.gov.br/acessoainformacao/80-conteudo-estatico/acesso-a-informacao/5418-competencias. Acesso em: 25 jun. 2018.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **O que é a plataforma sucupira**? Disponível em: http://www.capes.gov.br/avaliacao/plataforma-sucupira. Acesso em: 20 jul. 2018.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR.. **Perguntas frequentes**. Disponível em: http://www.capes.gov.br/acessoainformacao/perguntas-frequentes/avaliacao-da-pos-graduacao/7422-qualis. Acesso em: 30 jun. 2018.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **Qualis-Periódicos**. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/. Acesso em: 18 jul. 2018.

CORREIA, Anna Elizabeth Galvão Coutinho Correia. **A influência exercida pelo sistema de avaliação da CAPES na produção científica dos programas de pós-graduação em física.** Tese (Doutorado em Ciência da Informação da Universidade Federal de Minas Gerais). 215 p. 2012.

CUNHA, Luiz Antônio Constant Rodrigues da. A pós-graduação no Brasil: função técnica e função social. **Rev. adm. empres.,** v. 14, n. 5, p. 66-70, out. 1974.

DIAS SOBRINHO, José. Avaliação da Educação Superior: regulação e emancipação. In: DIAS SOBRINHO, José; RISTOFF, Dilvo I. (Orgs.). **Avaliação e compromisso público:** a educação superior em debate. Florianópolis: Insular, p. 35-52, 2003.

FERREIRA, Marieta de Moraes; MOREIRA, Regina da Luz. **Capes, 50 anos:** depoimentos ao CPDOC/FGV. Brasília: CAPES, 2001.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade:** o Estado e a Sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; HAMADA, Guilherme Henrique. Sistema Qualis: análise crítica da política de avaliação de periódicos científicos no Brasil. **Revista do Direito,** v. 1, n. 54, p. 144-185, jan./abr. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. **A avaliação de revistas estrangeiras pelo Qualis no Direito.** Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/a-avaliacao-de-revistas-estrangeiras-pelo-qualis-no-direito. Acesso em: 18 jul. 2018.

HAMADA, Guilherme Henrique. **O sistema regulatório de avaliação dos programas de pós-graduação stricto sensu no Brasil**. 2017. 284 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 24 mar. 2017.

MACARRI, Emerson Antonio; LIMA, Manolita Correia; RICCIO, Edson Luiz. O uso do sistema de avaliação da CAPES por Programas de Pós-Graduação em Administração no Brasil. **Revista de Ciências da Administração,** v. 11, n. 25, p. 68-96, set./dez. 2009.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, p.13-29, abr./jun. 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. Em: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MASCHLEWSKI, Camila; SILVA, Priscilla Maia da; SORIANO, Jeane Barcelos. A influência do sistema de avaliação QUALIS na produção de conhecimento científico: algumas reflexões sobre a Educação Física. **Motriz**, v. 17, n. 1, p. 104-116, jan./mar. 2011.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

NASCIMENTO, Luis Felipe. Modelo CAPES de avalição: quais as consequências para o triênio 2010-2012? **Administração: Ensino e Pesquisa**, v. 11, n. 4, p. 579-600, out.-dez./2009.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia:** impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 4, p. 523-543, jul./ago. 2006.

PAULA, Luiz Fernando de. **Sistema financeiro, bancos e financiamento da economia:** uma abordagem keynesiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SGUISSARDI, Valdemar. A avaliação defensiva no "modelo CAPES de avaliação" – É possível conciliar avaliação educativa com processos de regulação e controle do Estado? **Perspectiva**, v. 24, n. 1, p. 49-88, jan./jun. 2006.

SILVA, Antonio Ozaí da. A sua revista tem QUALIS? **Mediações**, v. 14, n. 1, jan./jun. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ZOCKUN, Maurício. A separação dos poderes e o poder judiciário como legislador positivo e negativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 47, p. 162-173, 2008.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

Elementos que contribuíram para a consolidação do patriarcado: uma análise da obra “O contrato sexual” de Carole Pateman

Elements which contributed to the consolidation of patriarchy: an analysis of Carole Pateman’s “The sexual contract”

Noli Bernardo Hahn
Doutor em Ciências da Religião (UMESP)
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil
E-mail: nicolasaddor@gmail.com

Tassiara da Silva Senna
Mestra em Direito (URI)
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil
E-mail: tassiara.senna@gmail.com

Resumo: Neste artigo há uma pergunta central: Como Carole Pateman entende a sobrevivência do patriarcado na sociedade moderna? Responde-se esta questão analisando a obra O Contrato Sexual dessa autora, análise feita na segunda parte desta reflexão. Na primeira parte, dialoga-se com duas autoras e um autor, procurando esboçar características que identificam o patriarcado. Trata-se de Marcela Lagarde de los Ríos, Heleieth Saffioti e Göran Therborn. Interligando as duas partes da pesquisa, conclui-se que o patriarcado, como sistema, encontra-se presente nas diversas relações e estruturas sociais, especificamente como um regime que pressupõe a dominação-exploração das mulheres pelos homens. A sobrevivência do patriarcado na sociedade moderna, na visão de Pateman, acontece porque o direito paterno foi reestruturado como direito masculino.

Palavras-chave: Patriarcado. O contrato sexual. Direito paterno. Direito masculino. Resistência das mulheres.

Abstract: In this article there is a central question: How does Carole Pateman understand the survival of patriarchy in modern society? This question is answered by analyzing the book “The Sexual Contract” of this author, an analysis made in the second part of this reflection. In the first part, it’s made a dialogue with three authors, trying to sketch characteristics that identify the patriarchy. These authors are Marcela Lagarde de los Ríos, Heleieth Saffioti and Göran Therborn. Connecting the two parts of the research, we conclude that patriarchy, as a system, is present in the various relationships and social structures, specifically as a regime that presupposes the domination-exploitation of women by men. The survival of patriarchy in modern society, in Pateman's view, is because paternal right has been restructured as a male right.

Keywords: Patriarchy. The sexual contract. Parental rights. Male right. Women's resistance.

Data de recebimento: 31/01/2019
Data de aprovação: 18/06/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Considerações Iniciais

Mesmo que houve muitos avanços, especialmente da segunda metade do século XX até os dias atuais, no que concerne a relações de gênero, são notórias todas as situações de exclusão, inferiorização, humilhação, desprezo e violência a que as mulheres são submetidas cotidianamente. Sabe-se que essas situações se tornaram normais nas sociedades, estabelecendo-se que o homem possui mais valor que a mulher e que, portanto, essa precisa estar a sua disposição, pronta para satisfazer suas vontades. A cultura patriarcal encontra-se internalizada em nossas relações por mais que já se tenha consciência das implicações patriarcais em nossa vida, tanto a de homens, quanto de mulheres.

Com a cultura patriarcal internalizada, as mulheres acabam por se aniquilar, esquecendo suas próprias vontades, seus próprios interesses, vivendo à sombra do sexo masculino e, por vezes, sendo esquecidas como seres humanos e lembradas apenas como objetos, como subordinadas.

Assim, as mulheres possuem suas vidas reguladas por preceitos que advém de um sistema social chamado patriarcado, que determina a submissão da mulher perante o homem, estabelecendo o sexo masculino como o dominador, o público, o provedor, o forte. Em consequência, o sexo feminino é estabelecido como o sexo frágil, o emocional, que deve cuidar da casa, do lar, dos filhos, do marido, que não pode trabalhar fora porque precisa estar inteiramente disponível para o cuidado.

Importante ressaltar nesta introdução que o substantivo cuidado e o verbo cuidar, culturalmente e socialmente eram internalizados principalmente pelas mulheres. A epistemologia moderna e a ontologia grega fizeram a mulher entender-se como quem conhece bem e melhor o privado em contraposição ao público - que o homem era conhecedor - e em auto identificar-se como ser de cuidado, sem se dar conta que assim fora pensado pelo homem. Este entendimento epistêmico e ontológico, sabe-se, foi decisivo para a manutenção, durante milênios, da cultura patriarcal.

Nesse sentido, busca-se, neste artigo, traçar alguns elementos que contribuíram para a consolidação desse sistema opressor, fazendo-se uma breve análise da obra de Carole Pateman, *O Contrato Sexual*, considerando que o patriarcado estabelece regras inclusive no que diz respeito às questões sexuais. Ao analisar o texto de Pateman, quer-se explicitar a distinção entre patriarcado paterno e patriarcado fraternal. Ao distinguir entre direito paterno e direito masculino fraternal, a questão central que se procura responder é esta: Como Carole Pateman entende a sobrevivência do patriarcado na sociedade moderna? Esta pergunta responde-se no artigo especificamente na segunda parte da reflexão. Na primeira parte, faz-se um esboço acerca do patriarcado, dialogando especialmente com duas autoras e um autor muito relevantes para quem estuda a cultura patriarcal. Trata-se de Heleieth Saffioti, Marcela Lagarde de los Ríos e Göran Therborn.

O objetivo principal deste artigo, portanto, é esclarecer uma tese central da autora Carole Pateman. Uma das motivações de Carole ao escrever *O Contrato Sexual* foi a de fazer um contraponto ao livro *Do Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau. Pateman percebeu que Rousseau não rompeu com a cultura patriarcal ao escrever sobre a liberdade civil.

Para atingir o objetivo proposto, a abordagem metodológica predominantemente é analítica. Na primeira parte, ao ler os autores acima citados, procura-se analisar seus escritos para compreender o conceito

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

patriarcado e a cultura patriarcal internalizada e vivida, especialmente pelas mulheres. Na segunda parte, analisam-se compreensões de Carole Pateman a partir do livro *O Contrato Sexual*.

1 Um esboço acerca do patriarcado

Na perspectiva de que as mulheres são destinadas a obedecer, a submeter-se, a atender e satisfazer as vontades e desejos alheios, a oprimir-se, a subjugar-se, a aguentar violências, dentre tantas outras situações pelas quais são obrigadas a passar, pode-se afirmar que há um sistema norteador da vida do sexo feminino que se chama patriarcado.

Heleieth I. B. Saffioti menciona que patriarcado é o regime que pressupõe a dominação-exploração das mulheres pelos homens, passando a se instaurar na sociedade pelo ano 3100 a.c, consolidando-se no ano 600 a.c. Dessa forma, o patriarcado não se trata de um regime velho, tendo em vista a idade da humanidade, que está aproximadamente entre 250 mil e 300 mil anos, caracterizando-se um regime jovem, existente nos seis ou sete últimos milênios da história e sucessor das sociedades igualitárias. (SAFFIOTI, 2004, p. 44 e 60).

Nesse sentido, Safiotti entende que o patriarcado não se caracteriza por ser um sistema íntimo, privado, e sim se caracteriza por determinar regramentos nos diversos âmbitos sociais.

> Do mesmo modo como as relações patriarcais, suas hierarquias, sua estrutura de poder contaminam toda a sociedade, o direito patriarcal perpassa não apenas a sociedade civil, mas impregna também o Estado. Ainda que não se possa negar o predomínio de atividades privadas ou íntimas na esfera da família e a prevalência de atividades públicas no espaço do trabalho, do Estado, do lazer coletivo, e, portanto, as diferenças entre o público e o privado, estão estes espaços profundamente ligados e parcialmente mesclados. Para fins analíticos, trata-se de esferas distintas; são, contudo, inseparáveis para a compreensão do todo social. [...] (SAFFIOTI, 2004, p. 54).

Assim, denota-se que o patriarcado norteia a vida das mulheres e perpassa todos os âmbitos da sociedade, causando desigualdades, submissão, sofrimentos, angústias, humilhações, abusos. Outrossim, o patriarcado foi e é tão influenciador e tão forte nas sociedades que acaba por justificar muitas atrocidades que são inadmissíveis como, por exemplo, violência doméstica, violência sexual, assassinatos, cárceres privados que acabam ocorrendo em razão do homem pensar que a mulher é sua propriedade.

Marcela Lagarde y de los Ríos, nesse mesmo sentido, menciona que o patriarcado é uma forma de poder que encontra seu enraizamento nas formações sociais, de acordo com a cultura e os vários eixos das relações sociais. (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, p. 116).

Nessa perspectiva, podem-se citar como casos de atrocidades cometidas contra mulheres, os fatos ocorridos na África e na Ásia de mutilação genital, em que as mulheres são violentadas e mutiladas em nome da cultura, causando muito sofrimento e até mesmo mortes. Essas mutilações podem ocorrer de três formas distintas[1], todas caracterizadas pela dor.

[1] "Entre as mutilações genitais, há a *cliteridectomia*, que consiste na ablação, no corte, na extirpação do clitóris, órgão que desempenha importante papel na relação sexual, sendo responsável pela maior parte do prazer. A cliteridectomia vem acompanhada, muitas vezes, da ablação dos lábios internos da vulva, o que reduz, ainda mais, o prazer obtido na relação sexual. Finalmente, há outro tipo de mutilação, conhecida como *infibulação,* que consiste na sutura dos lábios maiores da vulva, deixando-se um pequeno orifício para a passagem do sangue menstrual e de outros fluidos. Cada vez que uma mulher infibulada tem um filho, ou se corta a costura anteriormente feita, ou os lábios maiores da vulva são dilacerados pela passagem do bebê. Em ambos os casos, esta mulher será novamente infibulada. [...] (SAFFIOTI, 2004, p. 49).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> Não raramente, as três mutilações são realizadas em uma única mulher, ainda na infância, visando, cada uma a seu modo, a diminuir o prazer proporcionado pelo sexo e, ao mesmo tempo, tornar a relação sexual um verdadeiro suplício. Um dos elementos nucleares do *patriarcado* reside exatamente no controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a fidelidade da esposa a seu marido. Tais mutilações podem, atualmente, ser realizadas em hospitais com satisfatórias condições de assepsia, mas não é isto que ocorre na maioria delas. Nas zonas rurais, nas vilas, enfim, nas regiões mais longínquas do poder central, em geral, são feitas com uma lâmina de barbear, no Brasil gilete, sem nenhum cuidado higiênico, decorrendo daí muitas mortes por infecção. Há povos cujo costume exige que as meninas dancem, mesmo sangrando e sofrendo dores atrozes, imediatamente após a(s) mutilação(ções). [...] Em quase todos os congressos internacionais fazem-se denúncias desta violação dos direitos humanos das mulheres. Nunca se chega, contudo, a um consenso, persistindo o costume em nome do respeito devido as especificidades culturais. (SAFFIOTI, 2004, p. 49).

Assim, em todo o mundo e sob diversas circunstâncias e modos, muitas vezes, em respeito à cultura e aos costumes se deixa de respeitar algo mais importante, os direitos humanos das mulheres, a sua integridade física e psíquica. Por conseguinte, esses casos demonstram como o patriarcado possui influência nas relações sociais, interferindo até mesmo em algo tão íntimo como a sexualidade de cada mulher – o que será abordado adiante.

Diante disso, para se compreender melhor o patriarcado e como ele atua, oportuno se faz destacar as suas características, o que é muito bem explicitado por Saffioti,

> não se trata de uma relação privada, mas civil; 2- dá direitos sexuais aos homens sobre as mulheres, praticamente sem restrição. Haja vista o débito conjugal explícito nos códigos civis inspirados no Código Napoleônico e a ausência sistemática do tipo penal *estupro no interior do casamento* nos códigos penais. Há apenas uma década, e depois de muita luta, as francesas conseguiram capitular este crime no Código Penal, não se tendo conhecimento de se, efetivamente, há denúncias contra maridos que violentam suas esposas. No Brasil, felizmente, não há especificação do estuprador. Neste caso, pode ser qualquer homem, até mesmo o marido, pois o que importa é contrariar a vontade da mulher, mediante o uso de violência ou grave ameaça; 3- configura um tipo hierárquico de relação, que invade todos os espaços da sociedade; 4- tem uma base material; 5- corporifica-se; 6- representa uma estrutura de poder baseada tanto na ideologia quanto na violência. (SAFFIOTI, 2004, p. 57-58).

Igualmente, Marcela Lagarde y de los Ríos também traz em sua obra “Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas”, algumas características que podem ser evidenciadas no que diz respeito ao patriarcado.

> *El antogonismo genérico, aunado a la opresión de las mujeres y al domínio de los hombres y de sus intereses, plasmados en relaciones y formas sociales, en concepciones del mundo, normas y lenguajes, en insticuciones y en determinadas opciones de vida para los protagonistas. II) La escisión del género feminino como produto de la enemistad histórica entre las mujeres, basada en su competência por los hombres y por ocupar los espacios de vida que les son destinados a partir de su condición y de su situación genérica. III) El fenômeno cultural del machismo basado tanto en el poder masculino patriarcal como en la inferiorización y en la discriminación de las mujeres producto de su opresión, y en la exaltación de la virilidad opresora y de la feminidad opresiva, constituídos en deberes e identidades compulsivos i ineludibles para hombres y mujeres* (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, p. 116-117).

Por conseguinte, considerando as características trazidas pelas autoras Saffioti e Lagarde y de los Ríos, novamente, evidencia-se o poder dos homens sobre as mulheres, inferiorizando o sexo feminino, consolidado em todos os setores da sociedade, baseado em todos os tipos de violências[2], dando acesso ao sexo masculino

[2] Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha): Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante,

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

ao corpo das mulheres como se fosse sua propriedade, como se nelas pudessem mandar e determinar o que fazer, mesmo quando contra a sua vontade. O patriarcado, então, ocasiona a opressão e inferiorização da mulher.

Sob esse viés, Marcela Lagarde y de los Ríos bem define o que é a opressão das mulheres, explicando que

> *La opresión de las mujeres se define por un conjunto articulado de características enmarcadas en la situación de subordinación, dependencia vital y discriminación de las mujeres en sus relaciones con los hombres, en el conjunto de la sociedad y em el Estado. La opresión de las mujeres se sintetiza en su inferiorización frente al hombre constituído en paradigma social y cultural de la humanidad. Las mujeres están subordinadas porque se encuentran bajo el mando del otro (los hombres, las instituciones, las normas, sus deberes y los poderes patriarcales), bajo su domínio y dirección, bajo el mando y las órdenes, en la obediencia. La opresión se estrutura y surge de la dependência vital de las mujeres en relación con el otro; es decir, las mujeres sobreviven por la mediación de los otros, y dependen, en la subordinación, de ellos. La opresión de las mujeres se manifiesta y se realiza en la discriminación de que son objeto. Consiste en formas de repudio social y cultural, de desprecio y maltratos a los cuales están sometidas las mujeres por estar subordinadas, por ser dependientes, por ser consideradas inferiores y por encarnar simbolicamente la inferioridad y lo proscrito* (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, p. 122-123).

Assim, resumidamente, o patriarcado busca oprimir as mulheres, a fim de inferiorizá-las e torná-las dependentes dos homens. Por consequência, um dos fatores que possui grande influência na manutenção da subordinação feminina é a dependência econômica, pois sem independência financeira a mulher não tem como sobreviver sozinha e, dessa forma, acaba se submetendo às vontades de quem a sustenta, geralmente do pai ou do marido. Igualmente, importante se faz destacar que essa dependência econômica é oriunda de outra característica em potencial do patriarcado que a influência exercida não só no âmbito familiar, mas também no âmbito público, tornando difícil a inclusão de uma mulher no mercado de trabalho, percebendo uma remuneração justa capaz de sustentá-la e de sustentar seus filhos.

De outra parte, nas palavras de Göran Therborn, o patriarcado tem duas vertentes básicas que são a dominação do pai e a dominação do marido, essa estrutura, então, refere-se às relações familiares, determinando obediência e subordinação da mulher primeiramente ao pai e depois ao cônjuge. Em que pese o sistema patriarcal também regular as relações entre pai e filho, que ocorria de uma forma mais amena, assim como entre sogra e nora, quando esse poder era delegado pelo marido ou pelo sogro, "(...) o núcleo do poder patriarcal consistiu, acima de tudo, no poder do pai sobre a filha e no do marido sobre a mulher (...)". (THERBORN, 2015, p. 30).

> Com relação às relações entre marido e mulher, os principais aspectos são: a presença ou ausência da assimetria sexual institucionalizada, tal como na poliginia e nas regras diferenciais para o adultério; a hierarquia de poder marital, expressa pelas normas de chefia marital e de representação familiar; e a heteronomia, ou seja, o dever de obediência da mulher e o controle do marido sobre sua mobilidade, suas decisões e seu trabalho. (THERBORN, 2015, p.30).

perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Dessa forma, o patriarcado não norteia apenas as relações de marido e mulher, normatizando também as relações existentes entre pais e filhas, sogros e noras, sogras e noras. Denotando-se, assim, no que diz respeito às sogras e noras, que inclusive as mulheres contribuem para a permanência do patriarcado, de tal sorte, que acabam vigiando e restringindo comportamentos, a fim de só fazer aquilo que lhes são permitidos. Ademais, no que diz respeito à educação dos filhos, as mães também acabam por perpetuar características patriarcais.

> Pode-se até dizer que quando a mãe dá palmadas em seus filhos está rigorosamente, exercendo o poder patriarcal, que lhe foi delegado pelo pai das crianças. Isto se expressa, de maneira cristalina, na própria fala da mãe ao filho punido: "Isto é só o aperitivo. Você levará aquela surra quando seu pai chegar e eu lhe contar o que você fez". A autoridade máxima é o pai, a quem a mãe evoca, no momento da impotência, exatamente com este papel. Assim, embora as mulheres não sejam cúmplices dos patriarcas, cooperam com eles, muitas vezes inconscientemente, para a perpetuação deste regime. (SAFFIOTI, 2004, p. 65).

Nessa perspectiva, Marcela Lagarde y de los Ríos explica que

> *Más allá de su voluntad y de su consciencia, los opressores patriarcales son, em primer término, los hombres por el solo hecho de ser hombres, lo son también sus instituciones y sus normas (el Estado: la sociedad política, pero también la sociedade civil), y quienes por delegación patriarcal deban ejercerlo. Así, no es casual que las mujeres, a la vez que son objeto de la opresión, ejerzan em ciertas circunstancias el poder patriarcal sobre otras mujeres, sobre menores, sobre enfermos y otros desvalidos; pero es certo igualmente que las mujeres ejercen el poder patriarcal sobre hombres, sin que por ello exista matriarcado* (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, p. 118).

Diante disso, pode-se afirmar que, em que pese os homens serem os principais engajados na reprodução do sistema patriarcal, outros são também responsáveis pela sua perpetuação como as normas estatais e suas instituições, bem como a sociedade civil e as próprias mulheres que acabam exercendo o poder patriarcal por delegação, representando as vontades de algum homem que faça parte de sua vida, seja dentro da família, seja nas relações do trabalho, seja em qualquer outra relação social.

Por conseguinte, isso acontece, segundo Saffioti, em razão de que "(...) ambas as categorias de sexo respiram, comem, bebem, dormem, etc., nesta ordem patriarcal de gênero, exatamente a subordinação devida ao homem" (SAFFIOTI, 2004, p. 94).

Ante o exposto, denota-se que a vida das mulheres é regulada em nome de um sistema ou de uma cultura que prevê comportamentos adequados para os homens e para as mulheres, de uma forma a interferir em todos os âmbitos da sociedade, seja familiar e privado, seja público. Ademais, não são somente os maridos que exercem poder, mas também os pais, os irmãos e os filhos, ou seja, qualquer homem que faça parte da vida de uma mulher. Além disso, a cultura patriarcal está tão arraigada na humanidade que até mesmo as mulheres acabam perpetuando-a e aceitando que suas vidas sejam reguladas nos mais diversos aspectos, como até mesmo no sexual, inclusive dentro do casamento. Nessa seara, Carole Pateman trata a respeito do contrato sexual, o que será discutido no próximo tópico.

2 Uma análise do Contrato Sexual de Carole Pateman

Carole Pateman desperta atenção em uma análise na obra "O Contrato Sexual", a respeito da nova sociedade civil que foi criada através do contrato social, sob uma ordem social patriarcal. Nesta obra, a autora

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

faz uma analogia a respeito do contrato social e do contrato sexual, explicitando que há uma verdade que não foi contada, ou que há uma parte da história que permanece em silêncio.

Contudo, a parte da história que é conhecida, menciona que a sociedade criada por esse contrato é contrária ao patriarcado, uma vez que uma das interpretações a respeito do contrato social é a transição do estado natural, no qual havia submissão ao direito paterno, para o estado de liberdade, ou seja, nessa versão o regime patriarcal é destruído e, na sequência, surge a sociedade civil, que aparenta ser "anti ou pós-patriarcal". Porém, "[...] O contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno". (PATEMAN, 1993, p. 16).

> A teoria do contrato social convencionalmente é apresentada como uma história sobre a liberdade. Uma interpretação do contrato original é a de que os homens no estado natural trocam as inseguranças dessa liberdade pela liberdade civil e equitativa, salvaguardada pelo Estado. A liberdade é universal na sociedade civil; todos os adultos desfrutam da mesma condição civil e podem exercer sua liberdade como se esta estivesse reproduzindo o contrato original quando participam, por exemplo, do contrato de trabalho ou do contrato de casamento. [...]. Essas leituras das histórias familiais clássicas não mencionam que há coisas em jogo além da liberdade. A dominação dos homens sobre as mulheres e o direito masculino de acesso sexual regular a elas estão em questão na formulação do pacto original. O contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação. A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original e o sentido da liberdade civil não pode ser compreendido sem a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é criado pelo contrato. A liberdade civil não é universal – é um atributo masculino e depende do direito patriarcal. Os filhos subvertem o regime paterno não apenas para conquistar sua liberdade, mas também para assegurar as mulheres para si próprios. Seu sucesso nesse empreendimento é narrado na história do contrato sexual. O pacto original é tanto um contrato sexual quanto social: é sexual no sentido de patriarcal – isto é, o contrato cria o direito político dos homens sobre as mulheres -, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres. [...] (PATEMAN, 1993, p. 16-17).

Sob esse ponto de vista, percebe-se que há uma parte da história que não é contada, a parte que trata a respeito do contrato sexual, que prevê a submissão das mulheres em relação aos homens. Isso, em todos os âmbitos familiares, inclusive, na questão sexual, pois as mulheres possuem o dever conjugal de satisfazer as vontades sexuais do marido, em troca de proteção e do sustento. Assim, pode-se aduzir que o contrato dá amplos poderes aos homens sobre os corpos das mulheres, podendo regular suas vidas e ter acesso sobre elas como se até mesmo fossem objetos e não seres humanos.

Nesse mesmo sentido, Noli Bernardo Hahn e Maristela da Fontoura Machado, fazendo uma análise da obra em comento, referem que

> Nesta obra a cientista política referida esclarece que os teóricos do contrato social, como formulado nos séculos XVII e XVIII, contaram apenas metade da história, uma vez que o contrato sexual, que estabelece o patriarcado moderno e a dominação dos homens sobre as mulheres, nunca é mencionado. Na visão da autora, para se entender a dominação masculina pelo contrato social, que em princípio é um contrato de liberdade, "falta algo essencial à discussão", que é entender o contrato original que mescla o contrato sexual e social. [...] O objetivo de Pateman é, portanto, mostrar que no conhecido contrato original descrito pelos teóricos não acontece apenas um pacto social, mas, também, um pacto sexual, sendo que este pacto encontra-se camuflado, escondido, pois nunca é mencionado. Ela faz a opção em mencioná-lo (!) para contar a outra metade da história. Uma primeira constatação a que Carole adverte é que se precisa compreender que cidadania, trabalho e casamento são todas contratuais. Adverte, ainda, que a ótica da teoria do contrato como esta é apresentada, deturpa o contrato social e o do trabalho e ignora o casamento. (HAHN; MACHADO, 2012, p. 73).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

De outra parte, Pateman esclarece que uma das razões pela qual os teóricos políticos não percebem facilmente que uma parte da história foi escondida ou que a sociedade permanece patriarcal é o fato de que esse regime é interpretado sob o ponto de vista paterno, o que está equivocado tendo em vista que

> O direito paterno é somente uma dimensão do poder patriarcal e não a fundamental. O poder de um homem enquanto pai é posterior ao exercício do direito patriarcal de um homem (marido) sobre uma mulher (esposa). Os teóricos do contrato não tinham a intenção de contestar o direito patriarcal original em seu ataque violento ao direito paterno. Em vez disso, eles incorporaram o direito conjugal em suas teorias e, ao fazê-lo, deram ao preceito do direito sexual masculino sua forma contratual moderna. O patriarcado deixou de ser paternal há muito tempo. A sociedade civil moderna não está estruturada no parentesco e no poder dos pais; no mundo moderno, as mulheres são subordinadas aos homens *enquanto homens,* ou enquanto fraternidade. O contrato original é feito depois da derrota política do pai e cria o *patriarcado fraternal* moderno. (PATEMAN, 1993, p. 18).

Nessa perspectiva, evidencia-se que o patriarcado não é apenas representado pela submissão da filha ao pai e sim pela submissão das mulheres aos homens, seja no âmbito da família, seja no âmbito social. Por conseguinte, ignorar esse fato acaba camuflando a atuação do regime patriarcal, permitindo que ele se estabeleça e se propague cada vez mais.

Outrossim, a autora argumenta que

> Outro motivo para a omissão da história do contrato sexual deve-se ao fato de as abordagens tradicionais dos textos clássicos, sejam as dos teóricos políticos convencionais ou as de seus críticos socialistas, fornecerem uma imagem enganosa de um aspecto característico da sociedade criada através do contrato original. [...] A história do contrato social é tratada como um relato da constituição da esfera pública da liberdade civil. A outra esfera, a privada, não é encarada como sendo politicamente relevante. O casamento e o contrato matrimonial também são considerados, portanto, politicamente irrelevantes. [...] Tem-se, facilmente, a impressão de que os contratos sexual e social são dois contratos distintos, embora relacionados, e que o contrato sexual diz respeito à esfera privada. O patriarcado parece não ser, então, relevante para o mundo público. Ao contrário, o direito patriarcal propaga-se por toda a sociedade civil. [...]. (PATEMAN, 1993, p. 18-19).

Ademais, pode-se afirmar que os contratos acarretam relações de exploração tanto no trabalho, em relação aos trabalhadores que não recebem justos salários, quanto dentro de casa, no caso das mulheres que não possuem o trabalho doméstico reconhecido e tampouco remunerado. Por conseguinte, essas relações de exploração só se estabelecem na sociedade porque é possível, nos contratos de propriedade, atribuir a uma das partes o direito de controle. (PATEMAN, 1993, p. 24).

> Os capitalistas podem explorar os trabalhadores e os maridos podem explorar as esposas porque trabalhadores e esposas constituem-se em subordinados através dos contratos de trabalho e de casamento. A astúcia dos teóricos dos contratos foi apresentar tanto o contrato original como os reais como exemplificadores e asseguradores da liberdade individual. Pelo contrário, na teoria do contrato, a liberdade universal é sempre uma hipótese, uma história, uma ficção política. O contrato sempre dá origem a direitos políticos sob a forma de relações de dominação e subordinação. (PATEMAN, 1993, p. 24-25).

Além disso, a autora ainda aduz que no estado natural os homens são considerados indivíduos e, por isso, nascem livres e iguais entre si. Contudo, as mulheres não têm liberdade natural e também não nascem livres.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> As mulheres não participam do contrato original através do qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança da liberdade civil. As mulheres são o objeto do contrato. O contrato sexual é o meio pelo qual os homens transformam seu direito natural sobre as mulheres na segurança do direito patriarcal civil. [...] A construção da diferença entre os sexos enquanto diferença entre a liberdade e a sujeição não é fundamental apenas para uma célebre história política. A estrutura de nossa sociedade e de nossas vidas cotidianas incorpora a concepção patriarcal de diferença sexual. Pretendo mostrar como a exclusão das mulheres da categoria fundamental de "indivíduo" teve expressão social e legal, e como essa exclusão estruturou os contratos em que estou interessada. Apesar das diversas reformas recentes na legislação e das mudanças mais amplas na condição social das mulheres, ainda não temos a mesma situação civil que os homens, embora esse fato político fundamental de nossas sociedades raramente seja tema dos debates contemporâneos sobre a teoria e prática do contrato. (PATEMAN, 1993, p. 21-22).

Assim, pode-se dizer que não houve a erradicação do patriarcado e, sim, a sua transformação de patriarcado paternal para patriarcado fraternal moderno. Dessa forma, em que pese o patriarcado ter se transformado e que a sociedade também tenha mudado em alguns aspectos como, por exemplo, o fato de que as mulheres se inseriram no mercado de trabalho e que, em grande parte das famílias as esposas, mães e filhas contribuem na subsistência do lar, ainda há mulheres que pensam ter o dever de se submeter às mais variadas vontades dos maridos, inclusive, as de cunho sexual. Essa questão demonstra que o patriarcado se transformou, porém continua perpetuando-se na sociedade, não só dentro das famílias, mas também em toda a sociedade e Estado.

Igualmente, Pateman afirma que o contrato sexual, assim como o patriarcado, não se restringe exclusivamente ao âmbito privado,

> O contrato sexual, deve-se enfatizar, não está associado apenas à esfera privada. O patriarcado não é puramente familiar ou está localizado na esfera privada. O contrato original cria a sociedade civil patriarcal em sua totalidade. Os homens passam de um lado para outro, entre a esfera privada e a pública, e o mandato da lei do direito sexual masculino rege os dois domínios. A sociedade civil é bifurcada, mas a unidade da ordem social é mantida, em grande parte, através da estrutura das relações patriarcais. (PATEMAN, 1993, p. 29).

Assim, denota-se que o patriarcado norteia a vida das mulheres e perpassa todos os âmbitos da sociedade, causando desigualdades, submissão, sofrimentos, angústias, humilhações, abusos. Outrossim, o patriarcado foi e é tão influenciador e tão forte nas sociedades que acaba por justificar muitas atrocidades que são inadmissíveis como, por exemplo, violência doméstica, violência sexual, assassinatos, cárceres privados que acabam ocorrendo em razão do homem pensar que a mulher é sua propriedade.

Nessa seara, Noli Bernardo Hahn e Maristela da Fontoura Machado, ainda analisando a obra da autora Carole Pateman, explicam que

> Para criar o direito masculino – não paterno -, qual é o argumento central dos homens para, pelo contrato original, estabelecer, ao mesmo tempo a liberdade civil masculina e a sujeição natural feminina? Carole Pateman percebe que o argumento masculino para criar a sujeição feminina tem por base a noção de "propriedade que os indivíduos detêm em suas pessoas". Os autores clássicos, em sua maioria, compreendem que as diferenças de racionalidade derivam de diferenças sexuais naturais. Este entendimento cria a noção de que "somente os seres masculinos são dotados das capacidades e dos atributos necessários para participar dos contratos, dentre os quais o mais importante é a posse da propriedade em suas pessoas; quer dizer, somente os homens são indivíduos". As mulheres, portanto, não são possuidoras da 'propriedade em suas pessoas' e, por isso, não chegam a ser 'indivíduos'. Elas não são dotadas das capacidades para contratar, o que leva ao entendimento, conforme Carole Pateman, de que as mulheres não nascem livres, ou seja, não possuem liberdade natural como os homens. [...]. (HAHN; MACHADO, 2012, p. 76).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Assim, essa análise efetuada pela autora está enraizada na formulação de Locke, o qual dizia que “todo homem tem uma *propriedade* em sua *pessoa*”, ou seja, os indivíduos são proprietários, inclusive, de suas características, capacidades e atributos. E, por consequência, essa ideia tem motivado as lutas contra a dominação patriarcal e classista. (PATEMAN, 1993, p. 31).

> O argumento de que as mulheres possuem uma propriedade em suas próprias pessoas tem motivado muitas campanhas feministas no passado e no presente, desde os esforços pela reforma da legislação matrimonial até a conquista de reconhecimento das reivindicações pelo direito de aborto. O apelo dessas ideias para as feministas é facilmente perceptível, visto que a doutrina legal determinava que as esposas eram propriedade de seus maridos, e os homens ainda pressionam muito para que a lei do direito sexual masculino seja cumprida, além de reivindicarem que os corpos das mulheres estejam publicamente disponíveis, enquanto carne ou representação. O reconhecimento de que as mulheres têm uma propriedade em suas próprias pessoas parece ser, desse modo, um golpe decisivo contra o patriarcado, mas, historicamente, enquanto o movimento feminista fazia campanha por questões que poderiam ser facilmente formuladas em termos de propriedade da pessoa, o argumento feminista predominante era o de que as mulheres reivindicavam a liberdade civil enquanto *mulheres,* não enquanto meros reflexos dos homens. O argumento apoiava-se, portanto, numa rejeição implícita da construção patriarcal do indivíduo como proprietário masculino. (PATEMAN, 1993, p. 32).

Dessa forma, pode-se evidenciar que, em que pese as mulheres estarem buscando através dos movimentos feministas o reconhecimento como mulheres e não como uma sombra dos homens, bem como a desconstrução da ideia de que as diferenças entre os sexos devem acarretar desigualdades, o sexo masculino espera e almeja o cumprimento das regras estabelecidas pelo patriarcado, estabelecendo os corpos das mulheres como objetos, algo que seria público, não considerando as mulheres como sujeitos de direitos. Assim, torna-se completamente equivocada a ideia de que o patriarcado deixou de existir, considerando que ele apenas se transformou deixando de estar apenas no âmbito familiar e em relação ao pai, estendendo-se ao âmbito privado e a todos os homens que vierem a fazer parte da vida de uma determinada mulher.

Considerações finais

Diante do exposto, denota-se que há um sistema norteador dos comportamentos sociais, o qual estabelece comportamentos adequados para cada sexo, recriminando e rechaçando aqueles que não condizem como o estabelecido. Ademais, pode-se aduzir que diante desse sistema se torna bastante complexo não agir de acordo com os preceitos patriarcais, já que se aprendem as normas comportamentais desde o nascimento, acarretando medo de que qualquer mudança pode ocasionar mais sofrimento, mais humilhações, mais menosprezo.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o sistema patriarcal não só influencia a forma como as famílias se organizam, mulheres cuidando do lar, dos filhos e do marido, e homens sendo os provedores. O patriarcado também exerce influência na inserção das mulheres no mercado de trabalho, na forma como a sociedade considera aceitável o que elas vestem, os lugares que frequentam e os horários em que isso acontece, chegando ao ponto de culpabilizá-las quando sofrem algum tipo de violência.

Diante disso, não se pode negar que o patriarcado existe e que ainda exerce uma considerável influência na vida das mulheres, negando acesso a direitos fundamentais e a terem uma vida digna, de reconhecimento e de felicidade, necessitando-se de um novo sistema norteador que impeça que as diferenças sejam transformadas em desigualdades.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Na introdução, lançou-se a pergunta: Como Carole Pateman entende a sobrevivência do patriarcado na sociedade moderna? Esta questão encontra-se respondida direta e indiretamente pela análise feita do livro *O Contrato Sexual* desta autora. Quer-se apenas realçar que Pateman percebe que no Contrato Social, apenas de liberdade civil, rompe-se com o Direito Paterno absolutista, mas continua-se não integrando a mulher nesta liberdade civil. Ela continua sob o manto do casamento em que ela troca sua liberdade pela proteção do marido. Se de um lado, o direito paterno foi vencido, de outro, o direito masculino foi inteligentemente inventado mantendo a mulher na submissão e num regime de obediência. Ela não se torna sujeito de direitos, na percepção de Carole Pateman, sob o manto do patriarcado masculino fraternal, pois, realçando novamente a tese central desta autora, o direito paterno foi reinventado e reestruturado como direito masculino.

Esta tese de Pateman é muito relevante para os dias atuais. Há uma política de desconsiderar e desautorizar os estudos de gênero das últimas décadas. Há uma tendência de considerar todos os esforços de estudos e pesquisas na área de gênero como ideologia de gênero. Ao se considerar os estudos de gênero como ideologia de gênero, pergunta-se se esta tendência não faz exatamente o que Carole denuncia em sua pesquisa, ou seja: ocultar a ideologia do patriarcado.

Os estudos feministas, ao longo de séculos, foram decisivos para se conceber gênero como uma categoria histórica, cultural e social, numa perspectiva construtivista. Quando Simone de Beauvoir, em seu livro *Segundo Sexo*, editado em dois volumes, fala na perspectiva de que não se nasce mulher e, sim, torna-se mulher, traz a compreensão de que gênero não é uma categoria biológica. Gênero é um conceito e uma categoria de compreensão que não se reduz aos sentidos e aos significados do campo biológico. Gênero constitui-se numa categoria de compreensão que faz compreender a dinâmica e os conteúdos que são construídos para além do corpo feminino e masculino, no entanto tendo como base esses corpos sexuados.

Gênero, torna-se, assim, uma categoria compreensiva de papéis sociais, de funções culturais e de lugares históricos do feminino e do masculino, sendo que esses papéis, funções e lugares são construtos linguísticos inerentes a uma cultura. No entanto, ao se tornarem construtos linguísticos, tornam-se culturalmente vivências que se internalizam nas relações sociais ao longo da história e se materializam nas estruturas sociais. Dessa forma, as famílias, as empresas, as universidades, como todas as estruturas da sociedade, reproduzem tal cultura.

Foi exatamente isto que Carole Pateman procurou mostrar o quanto os teóricos da liberdade civil, como Rousseau, não se deram conta de que a liberdade não estava completa se a cultura patriarcal fraternal se mantiver. O patriarcado fraterno, do direito masculino, da fraternidade entre os homens, não libertou a mulher. Ela mantém-se culturalmente, socialmente e juridicamente presa às estruturas patriarcais.

Na atualidade, aqueles que procuram desqualificar as pesquisas na área de gênero, considerando esses estudos de séculos e, acentuadamente, das últimas décadas, como ideologia de gênero, desconsideram gênero como uma categoria compreensiva da cultura patriarcal.

O aprendizado que se adquire estudando um livro como o de Carole Pateman, em diálogo com autores e autoras sobre o tema da cultura patriarcal, consiste em não se abrir mão da necessária continuidade de pesquisas na área de gênero. Uma das razões dessa continuidade é a compreensão das artimanhas simbólicas

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

da cultura patriarcal. Com toda a consciência que homens e mulheres já construíram, nesta geração, em que se superou muitas violências de gênero e inúmeras realidades de injustiça, ainda se tem muito a aprender e a superar no século XXI, para que se possa ter uma convivência mais humana no tocante a relações de gênero.

Referências

BEAVOUIR, Simone de. **O Segundo Sexo.** V. *I*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1949.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. V. II. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1980.

HAHN, Noli Bernardo; MACHADO, Maristela da Fontoura. Gênero, Patriarcado e a Violência contra a Mulher: a necessidade do reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *In:* **Cidadania, Diversidade, Reconhecimento.** Organizada por João Martins Bertaso. 2.ed. Santo Ângelo/RS: FURI, 2012.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela**. Los Cautiverios de las Mujeres:** madresposas, monjas, putas, presas y locas. Madrid: Romanyà Valls, 2011.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual.** Traduzido por Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado, Violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

THERBORN, Göran. **Sexo e poder:** a família no mundo, 1900-2000. Tradução de Elisabete Dória Bilac. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
CAPES
ISSN 2177-7837

Mais que vencedores: as dinâmicas socioeconômicas nas/das igrejas neopentecostais

We are more than conquerors: socioeconomic dynamics in the neo-pentecostal churches

Otávio Barduzzi Rodrigues da Costa
Doutorando em Educação, Arte e História da Cultura (MACKENZIE)
Universidade Prebiteriana Mackenzie (MACKENZIE)
São Paulo, São Paulo, Brasil
E-mail: joebarduzzi@yahoo.com.br

Resumo: O crescimento das igrejas neopentecostais não se deve apenas a uma intensa máquina de propaganda e sim devido as relações socioeconômicas que ocorrem dentro das próprias comunidades que trazem efeito àquilo que os fiéis querem ouvir. Analisando durante anos essas dinâmicas através de uma participação observante aliado a uma análise bibliográfica esse artigo tem a intenção de mostrar como funciona a dinâmica dessas relações para contribuir com o estudo dentro das ciências sociais e das religiões de como tais igrejas crescem.

Palavras-chave: Antropologia. Sociologia da religião. Neopentecostalismo.

Abstract: The growth of neopentecostal churches not only due to an intense media machine but because of the socio-economic relations that occur within the communities that bring effect to what the faithful want to hear. Looking for years these dynamics through an observant participation combined with an book analysis this article intends to show how the dynamics of these relations to contribute to the study within the social sciences and religions with such churches grow.

Keywords: Anthropology. Sociology of religion. Neo-pentecostalism.

Data de recebimento: 21/02/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Introdução

Este artigo pretende mostrar como funciona a dinâmica das relações socioeconômicas dentro das igrejas neopentecostais que levam a certo crescimento econômico dos fiéis. A crítica é que estes fieis atribuem a intervenção divina este relativo crescimento em sua cosmovisão. No entanto este crescimento, bem menor do que apregoado pelas agencias evangélicas se deve mais pelas relações sociais internas da instituição. Este estudo justifica-se pelo objeto em si para as ciências sociais: a religiosidade neopentecostal em suas manifestações socioeconômicas. O método é uma análise bibliográfica com certos recortes de uma participação observante.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Devido às dinâmicas sociais bem como o mundo em constante mudança, a globalização, o novo cenário brasileiro e mundial, assim como todo segmento social, os pentecostais também mudaram muito nos últimos anos. Estamos em época de mudanças sociais bem como de crises, e sendo um dos principais segmentos da sociedade, a religião também passa por mudanças.

1 Um pouco de história do pentecostalismo

Tradicionalmente classifica-se o pentecostalismo Brasileiro em três grandes fases (ou ondas). O pentecostalismo no Brasil tem sido classificado utilizando as ideias de Paul Freston (1993), e se têm usado a periodização das três ondas. É uma classificação conforme a historicidade e surgimento das igrejas pentecostais. A primeira onda pentecostal registra a fundação e o surgimento da Congregação Cristã do Brasil e das Assembleias de Deus, nos moldes do pentecostalismo norte-americano[1] e sueco[2] de onde provinham os fundadores. A chamada segunda onda pentecostal teve origem na década de 1950, dava ênfase na glossolalia[3], na cura divina e nos milagres.

Na Década de 70, uma terceira onda pentecostal, que usa grande espaço na mídia e suas ideias diferenciadas, com uma série de modificações da teologia pentecostal, deu início a formas de pentecostalismo conhecido com o nome de pentecostalismo brasileiro ou neopentecostalismo. A Igreja Universal do Reino de Deus (1977), a Igreja Internacional da Graça de Deus (1980), a Igreja Cristo Vive (1986), dentre outras, são expressões afirmadas do pentecostalismo brasileiro.

Cada uma focaliza seu discurso social e teológico em bases principais que podem até se misturar com as outras. Todas podem pregar, por exemplo, a cura, ou a prosperidade, mas cada uma enfoca algo que são diretrizes básicas da maioria das pregações em seus templos. A primeira onda (pentecostalismo) enfoca o batismo com o Espírito Santo e a glossolalia e a salvação da Alma. A da segunda onda[4] de (Deuteropentecostalismo) enfoca a cura divina e estimula cultos com excessiva demonstração de Glossolalia. A da terceira (neopentecostalismo) exalta o exorcismo e mensagem da prosperidade (MARIANO, 2004).

Em que pese à popularidade alcançada, ou a grande colocação na mídia, as igrejas neopentecostais não são nem de longe o maior representante do pentecostalismo no Brasil, perto das Assembleias de Deus (AD). Segundos dados do IBGE, as maiores representações somadas do neopentecostalismo não se aproximam das ADs que na menor das contagens chega a quinze milhões de membros. Segundo o IBGE a IURD tem 1.873.000 (um milhão oitocentos e setenta três mil membros). IMPD tem 315.000 (trezentos e quinze mil membros) (IBGE, 2010), outras somadas chegam a 400.000 tais como o Ministério Mudança de

[1] Provem de um puritanismo típico dos povoadores da América do norte, a marca dessas igrejas é o rígido controle moral e afastamento de meios modernos. Exemplos dessas são poucas, que propõe - ser os Quakers, puritanos e algumas seitas anabatistas.

[2] As marcas do pentecostalismo sueco é a vontade missionária de fazer prosélitos, ao contrário dos norte-americanos mais focados nas relações familiares, pentecostalismo sueco tiveram origem o pietismo, defendendo a primazia do sentimento e do misticismo na experiência religiosa, em detrimento da teologia racionalista e o "apego aos valores da modéstia e intimidade"

[3] Capacidade de falar em línguas estranhas, ou seja, línguas que não seriam nenhuma língua terrena, a crença popular é que seria a língua dos anjos.

[4] nessa classificação de ondas de Paul Frenston, a segunda onda vem dos EUA, com o pastoreado feminino com nova roupagem e ousadas em ocupar espaços para as atividades evangelísticas que antes eram considerados "mundanos", como estádios de futebol, teatros e outros, com essas mudanças ampliaram a ação evangelizadora.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Vida, Renascer em Cristo, da Comunidade Evangélica Sara Nossa Terra, e do Ministério Internacional da Restauração.

Segundo o Dicionário do Movimento Pentecostal, o verbete Pentecostal se refere a quem tem uma experiência de batismo no Espírito Santo, é o adepto que crê na possibilidade de receber a mesma experiência que os apóstolos receberam no dia de Pentecostes (ARAUJO, 2007) e que está descrita no livro da Bíblia Atos dos Apóstolos 2.1-13 (BÍBLIA, 1995). Tal batismo se manifesta na forma de Glossolalia, êxtase religioso, e supõe em existir poderes de cura, de profecia ou revelação, dom de palavra de Sabedoria e de conhecimento, dom da Fé, Dom de Operação de Milagres, Dom de Discernimento de Espíritos, Dom de Interpretação e de variedade de Línguas (acreditam ser a manifestação de Glossolalia recorrente nesses cultos) e outros, que seriam os dons dados pelo Espírito Santo descritos na primeira epistola aos Coríntios 12:7-10 da Bíblia Sagrada[5]. Isso classifica teologicamente um pentecostal e se perguntar a um membro eles responderão mais ou menos isso: - o que é ser pentecostal? - É ter experiência (ou intimidade, ou ligação etc...) com o Espírito Santo[6].

Porém o pentecostalismo assumiu diversas formas e inúmeras denominações nos últimos anos. A que mais tem ficado em evidência são as neopentecostais, pela massiva inserção nos meios de comunicação desde a década de 1980 (PRANDI, 1999). Em especial as IURD (Igreja Universal do Reino de Deus), face à sua estratégia de investimento pesado na grande mídia televisiva e de colocar grandes templos em locais vistosos (tais como avenidas e cartões postais) das cidades aonde tem membros.As neopentecostais têm suas praticas pautadas pela teologia da prosperidade, que significa uma troca simbólica de promessas supostamente divinas de que os fiéis tem, em troca de sacrifícios financeiros, o direito-dever de se tornarem ricos e prósperos[7]. Segundo o historiador Wander de Lara Proença:

> [...] ‘neste modelo de pensamento, todo cristão consagrado tem o direito de ‘exigir’ de Deus uma vida financeiramente agradável. Ao crente é reservada uma vida próspera, um paraíso que já começa a ser vivido no tempo presente, sendo a ele também delegado o poder de interferir na vontade divina. (PROENÇA, 2006, p. 64)

Segundo a visão teológica ministrada pelos pregadores da teologia da prosperidade, e que alça rápida popularidade, é de que Deus estaria preocupadíssimo em promover o sucesso material dos seus fiéis e que tais bênçãos podem ser alcançadas segundo atitudes de sacrifício financeiro, como Dízimo, Ofertas, propiciatórios especiais, tais como compra de “Fogueiras Santas”, compra de “Rosas ungidas”, “anéis abençoados”, etc..., se aproximando de realidades mágicas ou místicas (CAMPOS, 1999) em uma lógica digna do mercado. O titulo do presente trabalho trata de um chavão comum entre os fieis neopentecostais que se referencia ao versículo descrito na epistola de Paulo aos Romanos 8:37, para referenciar que todos os fieis seriam mais que vencedores. Esta aplicação da perícope (passagem da Bíblia utilizada para leitura durante culto ou sermão) nada tem haver com vitória financeira, seria numa interpretação mais teológica as vitórias

[5] Usamos para a nossa analise a Bíblia de Estudo Pentecostal. Trad. João Ferreira de Almeida. Edição rev. e corrigida. Rio de Janeiro - RJ: CPAD-1995

[6] Resposta baseada em anos de pesquisa em história oral com o grupo.

[7]Uma análise aprofundada de seu discurso revela em sub tom, de que as pessoas que forem fieis em dar dízimos e ofertas terão não só o direito, mas o dever de serem prósperas (entenda-se ricas) e que em caso contrário deve existir algum pecado ou demônio atrapalhando a prosperidade dessa pessoa. (CAMPOS, 1996b).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

sobre o mal, mas já serve para aplicar a cosmovisão de mundo neopentecostal de que todas as ações divinas estariam ligadas as bênçãos financeiras do fiel.

A identidade do neopentecostal, mais do que qualquer uma dada por outras instituições é uma forma de aceitação a favor das forças assimilacionistas pautadas pela mercadoria e pelo desejo. Negando o protestantismo tradicional que pregava um relativo ascetismo, o neopentecostalismo aceita o consumismo, mergulha totalmente nos luxos e consumos que caracterizam seu discurso, desejo e identidade. Pode se com certeza afirmar que nas agencias evangélicas de teologia da prosperidade, encontram-se pessoas cada vez mais encantadas com o fetiche mercadológico justificando através de uma lenta e gradual inserção da teologia da prosperidade.

A construção da identidade, sobretudo da religiosa, não mais encontra padrões uniformes em meio à contemporaneidade marcada pela falência das metanarrativas. Cada sujeito dará sentido à sua identidade conforme o sentimento de pertencimento que mantém, porém, essa relação fica complexa em meio a uma instituição que prega valores comportamentais mais ou menos padronizados. Vale também concordar com Cabral e Lourenço (1993, p. 162), observaram que “Perante situações muito semelhantes, as opções identitárias de cada pessoa podem ser radicalmente diferentes”. Para esses autores, isto ocorre porque as pessoas optam por “[...] posicionamentos distintos por razões que só o seu passado pessoal e psicológico poderá determinar” (idem). Sendo os neopentecostaisuma manifestação particularmente brasileira, um território de grande afluxo cultural, e que assumiu ao longo de sua história valores norte-americanos dentre outros institucionais há diversos posicionamentos distintos.

O neopentecostalismo segundo Freston (1993) é a terceira onda de pentecostais. São exemplos: Igreja Universal do Reino de Deus (1977), – que é a mais estudada, a Internacional da Graça (1980), a Igreja Mundial do poder de Deus (1982) e Cristo Vive (1986). Estas três, ao lado de Comunidade Evangélica Sara Nossa Terra (1976), comunidade da Graça (1979), Renascer em Cristo (1986) e a Igreja Nacional do Senhor Jesus Cristo (1994) são as referências principais. Sua característica principal, que a diferencia das clássicas, além dos dons de cura, falar em línguas que é tipicamente do pentecostalismo é a ênfase na teologia da prosperidade. Sobre isso nos diz MATOS (2006, p. 87):

> Ao lado das manifestações espirituais extraordinárias como glossolalia, curas, profecias e exorcismo, os carismáticos e neopentecostais brasileiros caracterizam-se por uma forte ênfase na “teologia da prosperidade,” outra influência norte-americana, difundida por líderes como Kenneth Hagin e BennyHinn. Este tem sido um dos principais elementos do maior fenômeno ocorrido no protestantismo brasileiro nas últimas décadas: a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD).

Diferente das outros pentecostais, os neopentecostais têm participação ativa na vida política, elegendo candidatos próprios. Já foram registradas coações e pressão intensa para que o fieis votassem exclusivamente em seus candidatos[8]. Uma das formas muito usadas pelos neopentecostais para propagar suas mensagens e

[8] No jornal o Globo há uma reportagem que bispo da universal pressiona, sob medo do inferno, os fiéis a votarem no candidato que é pastor da universal. A noticia está na integra, assim como vídeo na reportagem de MENEZES Maiá & ARAÚJO Vera: Em culto da Universal, pastor pede votos para Crivella. Vídeo mostra que celebração na véspera do primeiro turno virou ato de campanha, Jornal O Globo: 12 de out de 2014,Acesso em 01/10/2016, disponível em: http://oglobo.globo.com/brasil/em-culto-da-universal-pastor-pede-votos-para-crivella-14223709#ixzz4LpjFDO7F

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

manter as igrejas com grande frequência é a comunicação em massa. Grande parte de seus investimentos tem sido em mídia, tanto em rádio como em televisão. Quanto a isso nos diz Mariano:

> Sua expansão se deve, em grande medida, à eficiência no uso dos meios de comunicação de massas, sobretudo o rádio, veículo no qual sempre fez proselitismo. Nos primórdios, procurava alugar horário nas emissoras logo após o término de programas de pais ou mães-de-santo, para aproveitar a audiência dos cultos afro-brasileiros (MARIANO 1999, p. 66).

Entre os neopentecostais não há ascetismo, ao contrário há hedonismo e uma ética para o consumo e o luxo. Mesmo os mais pobres e explorados, se mantêm nessa ética uma vez que a observação mostra que todos os frequentadores desejam e/ou são convencidos das benesses de ficar ricos, logo há o desejo hedonista do consumo. Segundo a obra de Silva Junior (2012, p. 16), "o bem é a prosperidade, simbolismo da dádiva de Deus a todos quantos cumprem seus mandamentos, enquanto a graça são os benefícios materiais adquiridos que ilustram o vínculo com Deus, e consequente sinal de salvação". Assim se se observar a propaganda a noite, por exemplo, da IURD, enquanto se louva um hino, ao invés de aparecer pessoas ajoelhadas e orando, aparecem pessoas em barcos de luxo, carros luxuosos e caros restaurantes unindo este hedonismo consumista como ideal da benção divina. Note-se que é bem diferente do ascetismo intramundano calvinista mencionado por Weber (2004), que admitia o acumulo e o investimento, mas não o luxo.

Não é o trabalho que mostra as bênçãos de Deus na ética neopentecostal, e sim a ostentação, quanto mais rico, mais abençoado, para isso quanto mais luxo se mostrar mais abençoado será. É comum a perversão da interpretação bíblica no meio pentecostal de que o Deus mandou o fiel para "Comer o melhor dessa terra"[9], ocorre que a interpretação do que seja melhor dessa terra, na ótica neopentecostal são os produtos mais, caros, os carros de luxo, iates e belas casas e roupas de marca. É uma religião que atende o consumo capitalista típico da nossa era, onde o aparecer rico importa. Sobre essa cultura capitalista atual afirma Gorender:

> A sociedade capitalista se apresenta como sociedade do espetáculo. Importa mais do que tudo a imagem, a aparência, a exibição. A ostentação do consumo vale mais que o próprio consumo. O reino do capital fictício atinge o máximo de amplitude ao exigir que a vida se torne ficção de vida. A alienação do ser toma o lugar do próprio ser. A aparência se impõe por cima da existência. Parecer é mais importante do que ser. (GORENDER, 1999, p. 125- grifo nosso).

Segundo Mariano (1999) a ética neopentecostal rompe com o ascetismo e passa ao que ele chama de "acomodação do mundo". Mariano faz uma excelente analise do rompimento do ascetismo intramundano e do neopentecostalismo, na verdade escreve um artigo apenas sobre isso, do qual destaca-se um excerto:

> O sectarismo e o ascetismo começaram a ceder lugar à acomodação ao mundo, acompanhando o processo de institucionalização de importantes segmentos pentecostais. Nos EUA, este processo teve início já nos anos 50 e 60. No Brasil, ele é mais recente, principia nos anos 70 e se aprofunda com o nascimento e crescimento do neopentecostalismo. (MARIANO, 1999, p. 27).

Nem mesmo a moral sexual típica dos crentes é totalmente preservada. Hoje apesar de haver um discurso contra o divórcio, nas igrejas neopentecostais ele é tolerado (ALTIVO, 2015). Basta ver os programas televisivos da igreja universal que é cada vez mais comuns os testemunhos a seguinte fala: - Deus me deu um novo amor -. Já é amplamente criticado nas igrejas tradicionais e noticiado pelos jornais evangélicos neopentecostais (GOSPELPRIME, 2010) a criação de sex-shop gospel e filmes pornôs gospel, o que antes

[9] Perversão já analisada por CAMPOS (1996) de que o que está escrito no livro de Isaias 1:19 "Se quiserdes, e obedecerdes, comereis o melhor desta terra" se refere aos produtos agrícolas bem trabalhados para a glória de Deus.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

seria uma afronta a moralidade pentecostal tradicional. Há de fato uma acomodação ao mundo moderno midiático na neopentecostalidade.

A leitura pentecostal é literal e oral, não há uma teologia segundo os grandes manuais e escolas de teologia, mas sim uma teologia oral e narrativa, espontânea, que passa longe da academia. È uma religião popular no sentido que Brandão (1986) estuda, que muda e se transmuta conforme o tempo. Não procura uma teologia explicativa, pois não questiona ou interpreta a vontade de Deus, simplesmente o pentecostal aceita aquilo que interpreta ser a vontade desta divindade. Vontade essa interpretada por homens que são considerados pela comunidade como santos porta-vozes de Deus.Estes pastores raramente tem sua vontade questionada. Por exemplo, segundo Mafra *et al*. (2012), quando o Bispo Edir Macedo foi preso, a sua comunidade, ao invés de questionar a prisão por crimes econômicos, transformou sua figura num mártir perseguido pelos homens e pelas forças maléficas.

Assim, se constrói e se produz a religião da espiritualidade do mercado. Os adeptos da teologia da prosperidade encaram o mercado e o luxo como bênçãos divinas. Tal religião promete felicidade a todos os que a consomem. Essa promessa falha fragorosamente uma vez que poucos têm poder de ter acesso a tudo o que se apresenta para consumo.

As mercadorias tem status divinos e de bênçãos. A elas se adjudicam características salvíficas. É no contanto com o novo sagrado que surge uma nova ética: a da competição e concorrência no mercado, o semelhante passa a ser visto como concorrente. A mística que move as pessoas no capitalismo é ganhar dinheiro para ganhar mais dinheiro; comprar mais, comprar mais para consumir mais e mais. É no poder de consumo, que se mede o caráter, noção ligada a sucesso, de uma pessoa segundo essa lógica. O ser humano é medido pelo Ter e não pelo Ser (FROMM, 1977). Numa sociedade assim, a pessoa tem a sua dignidade reconhecida nas relações mercantis, no mercado. Os pobres são marginalizados exatamente pela sua impossibilidade de acesso ao mercado. Esses milhares que são a maioria do mundo são invisíveis e reduzidos a meros problemas políticos, seres humanos incapacitados de participar de acesso aos bens que eles mesmos produzem em um total estado de alienação, alienação do produto de seu trabalho, alienação causada pelo sistema de propaganda. Na tentativa desesperada de sobreviver e de seus filhos perde-se o amor ao próximo (SUNG, 1998).

A teologia da prosperidade, típica dos neopentecostais também influencia as relações dentro das igrejas, inclusive as tradicionais que antes abominavam esta teologia, portanto faz-se necessários breves considerações sobre a mesma. A prosperidade para Assembleia de Deus ainda é uma visão bem diferente das neopentecostais, porém cada vez mais com uma velocidade midiática os pentecostais tradicionais aceitam a teologia da prosperidade.

2 As origens da teologia da prosperidade

As origens da teologia da prosperidade estão nos EUA, por volta dos anos 30 e 40. A teologia da prosperidade começou quando, o evangelista Oral Roberts começou a pregar sobre a ideia de *Vida Abundante* e deu início à pregação da doutrina e evangelho da prosperidade, prometendo retorno financeiro sete vezes

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

maior que o valor ofertado. Logo suas pregações se tornaram famosas (MARIANO, 1999, p. 151). Foi Kenneth Hagin (1917-2003), que difundiu o termo Teologia da Prosperidade. Conforme Romeiro (1993, p. 15) “o ministério de Hagin tornou-se um dos maiores do mundo e sua influência tem se espalhado por várias igrejas”.

No Brasil, segundo Mariano (1999), a Teologia da Prosperidade iniciou a sua trajetória nos anos 70, penetrando em muitas igrejas e ministérios. Cada uma delas se deu de diferentes maneiras e modos, às doutrinas desse evangelho da prosperidade que se baseavam em escritos de Hagin tais como: "Não ore mais por dinheiro [...] Exija tudo o que precisar" (HAGIN, p. 17 apud Romeiro, 1993, p. 43, grifos nossos). A Teologia da Prosperidade encontrou terreno fértil no Brasil a partir os anos 70, encontrando espaço nos grupos evangélicos pentecostais. Após certo tempo os pentecostais tradicionais especialmente da Assembleia de Deus e da Congregação Cristã começaram a rejeitá-lo (PIERATT, 1993 p. 81) o que ocasionou, para quem acreditava uma ampla difusão de novas igrejas e divisões que acreditavam nesse tipo de evangelho. Ao separarem dessas igrejas surgiram as chamadas igrejas neopentecostais.

O autor Silas Luis de Souza (2012), orientando de Milton Carlos Costa, pesquisador da Comissão nacional da Verdade, prova uma perspectiva assustadora. Para combater o pensamento de esquerda que surgia na igreja católica, e nas comunidades protestantes tradicionais, como, Metodistas, Presbiterianos e Anglicanos, o governo militar brasileiro apoiou a vinda de televangelistas norte-americanos para pregar no Brasil, dando-lhes franco apoio nas redes de comunicação e financiamento para pregar uma ideologia mais de acordo com o capitalismo.

Surgiram grandes convenções religiosas nos estádios de futebol por parte destes pregadores. Começaram a surgir igrejas no Brasil conforme se ia assistindo a esses congressos se separando das igrejas protestantes históricas e pentecostais tradicionais. Cada uma das igrejas que surgiam deu novos significados as doutrinas desse evangelho da prosperidade que se baseava em escritos de Hagin e na ideia de confissão positiva[10] do pastor e tutor de Hagin, esse William Kenyon (ROMEIRO, 1993, p. 43, grifo nosso), ou ainda:

> Muitos cristãos nascidos de novo e cheios do Espírito vivem num baixo nível de vida, vencidos pelo diabo. Na realidade, falam mais do diabo do que em qualquer outra coisa. Cada vez que contam uma desventura, exaltam o diabo. Cada vez que contam quão doentes se sentem, exaltam o diabo (ele ó autor das doenças e das enfermidades - e não Deus). (HAGIN, 1988, p. 19).

A Teologia da Prosperidade encontrou terreno fértil no Brasil a partir os anos 70 (MARIANO, 1999), encontrando espaço nos grupos evangélicos pentecostais. Sobre isto comenta Pieratt:

> [...] o pentecostalismo não foi o pai desse novo evangelho, embora talvez possa ser chamado de padrasto, por causa da forma como o abraçou e seguiu seus ensinos. Então, a primeira pergunta que se levanta é por que as denominações pentecostais têm sido mais abertas a esse ensino do que qualquer outro grupo protestante. A resposta parece estar na tendência que elas têm de aceitar dons de profecia e profetas dos dias atuais que afirmam exercer esses dons. Por causa da abertura para visões, revelações e orientações espirituais contínuas fora da Bíblia, cria-se um espaço para a entrada das afirmações do evangelho da prosperidade. (PIERATT, 1993, p. 21).

[10] De acordo com o *Dictionary Of Pentecostal And Charismatic Movements* (Dicionário dos Movimentos Pentecostal e Carismático) no verbete Confissão positiva de George Knight :Confissão positiva é um título alternativo para a teologia da fórmula da fé ou doutrina da prosperidade promulgada por vários televangelistas contemporâneos, sob a liderança e a inspiração de William Kenyon. A expressão "confissão positiva" pode ser legitimamente interpretada de várias maneiras. O mais significativo de tudo é que a expressão "confissão positiva" se refere literalmente a trazer à existência o que declaramos com nossa boca, uma vez que a fé é uma confissão.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Após certo tempo os pentecostais tradicionais começaram a rejeitar a teologia da prosperidade como heresia (PIERATT, 1993) o que ocasionou, para quem acreditava uma ampla difusão de novas igrejas, e divisões entre os que acreditavam nesse tipo de evangelho. Surgiram daí as novas igrejas neopentecostais.

Analisando o citado enunciado de Pieratt (1993, p. 98), de que "as igrejas neopentecostais não são cristãs, pois se utilizam mais de uma interpretação desviada do antigo testamento e de uma apropriação de linguagem de outras religiões místicas". Acredita-se que o evangelho da prosperidade não se sustenta na autoridade das Santas Escrituras, mas, na autoridade dos "profetas" da atualidade (ou dos carismas). O motivo disto é a ostentação de revelações diretas que tais homens alegam ter recebido de Deus ou de um anjo. Vejamos o que escreveu Hagin: "O próprio Senhor me ensinou sobre a prosperidade." (in *How God Taugh Me About Prosperith*, apud PIERATT, 1993, p. 32). Em *Solving the Mystery of the Miracle Money*, Robert Tilton (1987 apud PIERATT, 1993, p. 33) um dos maiores televangelistas e escritor entusiasta da teologia da prosperidade chega a afirmar que exigir dinheiro de Deus foi conselho do próprio: "As palavras deste livro não são minhas; são palavras do Espírito Santo de Deus" (idem).

Alegam ainda que a característica do cristão cheio de fé é ser: "bem sucedido é a plena saúde física, emocional e espiritual, além da prosperidade material. Pobreza e doença seriam resultados visíveis do fracasso do cristão que vive em pecado ou que possui fé insuficiente" (ROMEIRO, 1993, p. 19).

Ainda é constante nessa corrente teológica a alegação de que o diabo é culpado por todo mal que acontece às pessoas, inclusive a pobreza. Aí está o pior medo do pentecostal em geral, não se trata de ir para o inferno, mas de ficar pobre, pois isso é sinal de desagradar a Deus. Assim as pessoas são controladas pelo medo de desagradar a Deus, que supostamente os castigaria os deixando miseráveis. O Deus pregado pelo neopentecostalismo é apresentado como muito próximo da pessoa, como um ser presente, sem intermediários, presente ao alcance e cheio de características humanas e sentimentais. Assim sua visão da divindade é de um Deus que está preocupado com sua conta bancaria. Seria um Deus próximo, uma espécie de banqueiro divino que dá dinheiro a todo aquele que lhe oferta dinheiro.

As neopentecostais têm suas práticas pautadas pela teologia da prosperidade (CAMPOS, 1996 p. 521), que significa uma troca simbólica de promessas supostamente divinas de que os fiéis tem, em troca de sacrifícios financeiros, o direito-dever de se tornarem ricos e prósperos[11]. Mais que uma benção de Deus, o se tornar rico, e mais, ostentar que essa riqueza é benção de Deus, pois só assim as pessoas veriam que Deus age em suas vidas. Deste modo o fiel tem o dever de se tornar rico. É comum nas pregações a exortação a abrir o seu próprio negócio, no propósito de se tornar empresário, mas é preciso considerar que essa iniciativa ao empreendedorismo produz alteração na realidade econômica de indivíduos e suas famílias, assim como, em comunidades menos favorecidas, aquece relações comerciais. Apesar dessa benesse do sistema capitalista une a religião a uma espécie de mercancia.

[11] Uma análise aprofundada de seu discurso revela em sub tom, de que as pessoas que forem fieis em dízimos e ofertas tem não só o direito, mas o dever de serem prósperas (entenda-se ricas) e que em caso contrário deve existir algum pecado ou demônio atrapalhando a prosperidade dessa pessoa.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

3 Como funciona a dinâmica da teologia da prosperidade

Após estar inserido em uma metodologia de participação observante em mais de três anos frequentando cultos e analisando material midiático, bem como estar numa pesquisa de doutorado, a autoria do presente trabalho tem a contribuir na explicação do porque a teologia da prosperidade cresce. A resposta é simples e surpreendente: a teologia da prosperidade cresce porque funciona. Sustenta-se adiante a argumentação.

A teologia da prosperidade funciona sim. Não devido aos motivos que creem os fiéis, ou seja, não é por intervenção divina e sim devido às redes sociais que se formam dentro das comunidades em certa relação que se tem com outros fieis de outras igrejas e com a sociedade em geral.

As forças mercadológicas disfarça sua finalidade (o lucro) a despeito a certos direitos humanos, porém alcançar a plenitude desses direitos se torna impossível visto a finalidade do mercado não é a de alcançar esses direitos (meio ambiente ecologicamente equilibrado, justiça, saúde, educação pleno emprego etc..) e sim o lucro. Desse modo a finalidade do homem (e não só da empresa) também passar a ser o lucro[12]. Mesmo na religião, na ótica neopentecostal, o objetivo não seria a religação com o divino, mas o lucro. A finalidade religiosa cristã que seria a salvação, passa a ser o a prosperidade. Aliás, apesar de serem diferentes dos Calvinistas, o sucesso financeiro é considerado a marca da benção divina. Enquanto para os calvinistas, o acúmulo era a marca de salvação, para o neopentecostal é a ostentação das riquezas.

A liberdade humana nessa relação fica ilusória e prejudicada, uma vez que o homem só tem liberdade para consumir. Hinkelammert (2008) diz da liberdade de escolher entre uma sociedade de plena convivência e uma sociedade Hobbesiana, mas não há como agir sobre tais suposta liberdades frente à força poderosa do capital. Não ~~se~~ existe liberdade para se escolher entre igualdade e fraternidade, pois isso implicaria em abrir mão da propriedade privada e do lucro o que aparentemente ninguém quer escolher.

Historicamente as igrejas pentecostais tradicionais, buscavam uma igualdade e uma fraternidade em meio a sua comunidade religiosa. Assim surge um paraíso na terra - a igreja, mais do que a igreja - a irmandade, que lhes vem em socorro em meios das agruras urbanas. O povo pobre que era o grosso de suas massas tem na igreja um alivio e redes de solidariedade. É no seio da irmandade que vão ser consolados quando perdem seus filhos para o mundo que oferece tantas tentações, descaminhos e confortos em seu entorno. É a irmandade e as mensagens que oferecem consolo quando pela miséria um filho é encaminhado para o banditismo ou para as drogas; com acesso apenas a sistemas precários de saúde (no capitalismo só há saúde de qualidade para ricos), os cultos oferecem uma possibilidade de cura ou consolo ante a morte inevitável, é nos cultos que milhares de desempregados têm promessa de emprego ou onde são acolhidos alimentos (CORTEN, 1996). São vítimas do capital, mas vivem nele e percebem ao menos que há alguma coisa errada no mundo, é um mundo ao seu entorno que não se enquadra nas suas crenças.

Embora continuem a abrigar, sobretudo as camadas pobres e pouco escolarizadas, também contam com setores de classe média, profissionais liberais e empresários e um número cada vez mais crescente de

[12] Impossível não lembrar do epíteto de Hobbes, como nessa lógica pessoal vai surgir o homem: a reposta é apenas como lobo do homem, como concorrente de seu semelhante.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

graduados e pós-graduados além de “homens de negócio” (MARIANO, 1999, p. 29). Estes logo se tornam exemplos de homens abençoados.

Um lado positivo que existe nessas igrejas, todos, não importa sua cor, ou classe social são acolhidos, até mesmo os de gênero diverso da moral cristã tradicional, desde que após certo tempo, sejam pressionados a mudar seu comportamento sexual. Aceitam pobres, drogados, prostitutas, presidiários e todos excluídos pela sociedade.

Carentes de aceitação logo aceitam as regras da igreja e mudam muitas vezes seu comportamento. A experiência espiritual é inexplicável do ponto de vista científico puro, ou seja, não dá para o sujeito que sofreu a experiência explicar com clareza, passa a explicar que foi intervenção divina, que mudou sua vida e passa ao processo de conversão. Mas a partir dessa experiência sua vida muda. Há diversos relatos de pessoas que mudam radicalmente de vida após a experiência de serem aceitos, os exemplos de relatos são inúmeros: prostitutas que depois de convertidas viram moralistas conservadoras, bandidos que abandonam o crime. A experiência chega a ser superior a dependência neuroquímica, diversos relatos de pessoas que pararam de usar drogas, bebidas e cigarro após serem “batizadas” com o Espírito Santo, talvez porque seja outra experiência neuroquímica. A linguagem vai denunciar, vão logo surgir termos como “Deus abençoe”, “Paz do Senhor”, um versículo, uma explicação sobrenatural para algo como vontade ou permissão de Deus.

A linguagem do fiel vai passar a referenciar o mundo, os males serão atribuídos ou a permissão de Deus, em uma suposta prova que passaria com a finalidade de alcançar as bênçãos ou vai ser culpa do diabo. E tudo que acontece de benção vai ser atribuído a Deus. Se receber um aumento de salário, uma promoção, uma melhora de doença, casamento, nascimento de filhos tudo vai ser atribuído a obra do divino. Sua vida vai ser pautada segundo essa crença. Já o que acontece de ruim vai ser atribuído ao diabo.

No caso em estudo, a memória e identidade pentecostal, a linguagem tem grande importância. A pessoa passa a se identificar por uma série de linguagens próprias que se expressam tanto no vocabulário como, com mais impacto, no próprio modo de vida do fiel. Ao assumir os modos do grupo, seus costumes, práticas e que chega até a mudança de pensamento e autonegação de si, ou melhor, do seu passado, o novo convertido assume consigo uma identidade diferente no que se refere a sua conversão. Tal fenômeno não aparece só na religião, mas sim em todo grupo que há um interesse ou necessidade de justificar os seus atos presentes ou seus costumes ou crenças (FERRARI, 2007).

Essa aceitação tem um efeito prático sobre a crença da comunidade: aceitação de emprego. Muitas vezes o fiel chega na igreja é um drogado, um pobre com pouca qualificação. Enquanto para todos esses excluídos é extremamente difícil se colocar no mercado formal de trabalho, entre os irmãos vai ser mais fácil. Seja devido ao fiel ser dono de um negócio ou por indicação de uma vaga, em algum lugar que o co-fiél já trabalhe, logo entre os laços de irmandade que se formam logo aquele excluído vai arrumar um local de trabalho. Assim não é exatamente pela intervenção divina, que a comunidade atribui este emprego, mas sim pelas redes que se formam.

Outra prática constante nessas igrejas é a rede de network em negócios. Os irmãos preferem negociar entre eles. Se um irmão tem um negócio e precisa de um fornecedor, e esse fornecedor é um irmão, logo vai

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

haver uma relação de fidelização intercomercial. Por exemplo, se um irmão tem uma lanchonete e outro uma padaria, o primeiro vai comprar os pães da padaria fraterna. Os fregueses da lanchonete vão ser indicados para comprar pães na padaria e vice-versa. Logo haverá um acréscimo dos negócios para ambas as partes. Mesmo que o irmão tenha uma barraquinha de lanches, uma venda de roupa porta-a-porta, seja pedreiro, ou outro prestador de serviço, logo vai ser considerado empresário dentro da igreja e vai ter um aumento de sua clientela. Logo a barraquinha se transformará em uma lanchonete, a vendedora terá sua lojinha e o prestador de serviço terá acumulado uma bela carta de clientes.

Um fato interessante é que em todas as igrejas neopentecostais, geralmente nas segundas feiras, há um culto voltado para a área de negócios. Há vários nomes: é chamado culto dos empresários (IURD), Culto da Prosperidade (IIGD), culto da vitória (IMPD) entre outros nomes que remetem a ideia de prosperidade. Nesses cultos pouco é pregado sobre teologia e sim sobre vitória financeira e sobre uma coisa interessante: dicas de administração, economia e controle financeiro, uma educação que geralmente a população não tem acesso. Os pastores são estimulados a fazerem universidades a distância, sobretudo na área de economia, administração ou contábeis. É comum no testemunho do pastor ele falar que fez universidade. Universidades grandes que oferecem curso EaD, já tem convênio com várias dessas igrejas. A IURD, por exemplo, tem convenio com a UNIP[13], Universidade Paulista. Assim nesses cultos o fiel é instado a abrir seu negócio e vai ter informação de como cuidar dele, além de lições de talentos, desenvolvimento de potenciais e negócios no melhor da literatura de empreendedorismo.

Na IURD o culto está assim estabelecido em seu site:

> As reuniões realizadas às segundas-feiras na Igreja Universal do Reino de Deus são para pessoas que sejam empresárias, que estejam passando por problemas financeiros e não aceitam mais viver nesta situação, bem como para quem busca crescimento financeiro. Durante as reuniões, as pessoas desenvolvem potenciais, descobrem seus talentos, traçam objetivos e planejam cada detalhe para a realização de suas metas. 'Eu vim aqui para que tenham vida e a tenham em abundância'. João 10:10. (REDE ALELUIA, 2013)

Munido desse arsenal psicológico e educacional é claro que em tudo a pessoa vai se sentir estimulada a se dedicar a cuidar e, consequentemente, melhorar o seu negócio. A pesquisadora Diana Lima descreve sua visita a um desses cultos:

> De fato, ao longo das duas horas de duração desses cultos, a prédica do bispo (ou do pastor) é explicitamente dedicada ao tema do dinheiro. Nessas ocasiões, não se fala apenas do dinheiro a ser doado à Igreja pelos fiéis, mas também do dinheiro que se pode conquistar através da fé, como aconteceu com aqueles fiéis que sobem ao altar e dão seu "testemunho". Para tratar desse assunto, são empregados termos e conteúdos extraídos do campo semântico da economia, tais como "empresa", "negócio", "lucro", "contrato", "aumento da produção", "máquinas", "diferencial do produto no mercado", "desemprego", além da menção a grandes quantias que "você vai ganar (LIMA, 2016, p. 135).

O trabalho do fiel pentecostal também é pleno de um modo peculiar. É comum nas pregações, cheios de excertos bíblicos, que o fiel deve se dedicar ao trabalho de corpo e alma, característica sempre protestante já apontada por Weber (2004). Os pentecostais devem ser conhecidos como os empregados que sempre dão o seu melhor no trabalho. Segundo afirmam nos cultos, a escritura diz em Tito 2:9-10 "Exorta os servos a que

[13] Conveniados, disponível em: http://www.unip.br/ead/conveniados/relacao_empresas.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

sejam submissos a seus senhores em tudo, sendo-lhes agradáveis, não os contradizendo nem defraudando, antes mostrando perfeita lealdade, para que em tudo sejam ornamento da doutrina de Deus nosso Salvador." Assim não questionar e se dedicar ao trabalho assume boa importância. Afinal a Bíblia diz em Colossenses 3:23 "E tudo quanto fizerdes, fazei-o de coração, como ao Senhor, e não aos homens". Assim o empregado pentecostal vai ser um bom empregado, vai se dedicar a empresa, não entrará em greve, será obediente em uma alienação já estudada por Rolim (1985). Um empregado fiel assim é difícil perder o emprego, e mais, na ótica capitalista esse funcionário vai ser o ideal para ser promovido, logo assumirá um cargo de supervisão e gerencia quando empregado. Agindo assim, de acordo com pensamento patronal, quando promovido será atribuído a intervenção divina. Este modo de ser manso e desprovido de consciência de exploração é multiplicado nos testemunhos entre fiéis.

Um aspecto muito presente na vida comunitária pentecostal, em vigílias, jejuns ou cultos, é o chamamento de pessoas para o testemunho. Isto é: "o testemunho sobre a ação de Deus em suas vidas" (CAMPOS JR, 1995, p. 69). O crente é convidado ou vai espontânea e livremente falar sobre como Deus teria o abençoado no trabalho, na família; como Deus o teria curado de uma doença; da proteção de Deus num momento difícil, etc. A cada culto, o pastor ministrante dá oportunidade para que cerca de cinco pessoas revelem em público suas vitórias: como puderam ser curadas, como encontraram um emprego, receberam herança, ou conseguiram comprar uma casa. O testemunho é sempre sobre algo bom, compreendido como graça divina. Os melhores testemunhos, muitas vezes com ar de ensaio vão para a máquina midiática neopentecostal.

Outra constante nessas igrejas é a questão do dízimo, das ofertas, entre outras formas de doar dinheiro. Todos os cultos nessa igreja as pessoas são pressionadas a doar o máximo que puder em quantias em dinheiro. As pessoas são pressionadas a contribuir com várias técnicas de pressão comunitária durante o culto. É o que se chama de mercantilização da fé. Há a profunda crença de que Deus traz benefícios financeiros em troca de ofertas e dízimos. E que quanto mais a pessoa doar maior vai ser a benção de Deus na vida dela. Supostamente Deus fez promessas ao seu povo que estão espalhadas pelo texto bíblico, e várias delas se referem a contribuições. O mais conhecido excerto bíblico está em Malaquias 3:8-10[14]. Nessa pericope[15] está, segundo a interpretação neopentecostal, Deus falando uma mensagem e uma ordem de "trazei todos os dízimos a casa do tesouro" e que Deus estaria descontente com aqueles que não dão dízimos e ofertas, pois estariam roubando a Deus. Aliado a isso o medo de Deus e o medo de ser pobre, pois segundo a teologia da prosperidade a pobreza é uma maldição.

O mais icônico dos líderes da teologia da prosperidade Edir Macedo, já tendo sido preso por estelionato, afirma em seu livro os supostos benefícios do dízimo:

[14] Malaquias 3:8-10 - Roubará o homem a Deus? Todavia vós me roubais, e dizeis: Em que te roubamos? Nos dízimos e nas ofertas. Com maldição sois amaldiçoados, porque a mim me roubais, sim, toda esta nação. Trazei todos os dízimos à casa do tesouro, para que haja mantimento na minha casa, e depois fazei prova de mim nisto, diz o Senhor dos Exércitos, se eu não vos abrir as janelas do céu, e não derramar sobre vós uma bênção tal até que não haja lugar suficiente para a recolherdes.

[15] Versículo ou parte de texto bíblico.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> Quando pagamos o dízimo a Deus, Ele fica na obrigação (porque prometeu) de cumprir a Sua Palavra, repreendendo os espíritos devoradores que desgraçam a vida do ser humano e atuam nas doenças, acidentes, vícios, degradação social e em todos os setores da atividade humana que fazem sofrer....As bases de nossa sociedade com Deus são as seguintes: o que nos pertence (nossa vida, nossa força, nosso dinheiro) passa a pertencer a Deus; o que é d'Ele (as bênçãos, a paz, a felicidade, a alegria e tudo de bom) passa a nos pertencer. Passamos a ser participantes de tudo o que é de Deus. (MACEDO, 2005. p. 68)

Assim se crê no poder do dízimo e oferta. É comum também o mercado de bens religiosos já bens estudados por Leonildo S. Campos (1996b) há inúmeras vendas de produtos sagrados que garantem uma suposta benção: Rosas ungidas, Rituais de fogueira santa, Vassouras abençoadas, sabonetes ungidos etc... criando um mercado que em nada se parece com a tradição dos protestantes históricos.

Ocorre que quando o fiel paga o dízimo e ofertas ele tem que fazer algo em que o brasileiro é pouco educado: controle de gastos. Já que ele não pode contar com 100% do seu salário, pois acredita que parte pertence a Deus, tem que controlar os seus gastos. Mas contabilidade, ainda que rudimentar, e aprendida no culto dos empresários, além de planejamento financeiro também aprendido, é uma das condições fundamentais para o que Weber (2004) chama de formação do espírito do capitalista. Assim esse planejamento faz com que o rendimento mensal seja planejado e melhor aplicado resultando em certo crescimento financeiro.

Considerações finais

Essa exploração fabricada é aceita pelos fiéis, pois em uma sociedade pós-moderna tudo que importa e tudo os que a pessoas buscam é o dinheiro (COSTA, 2016). Além disso, como o medo e culpas andam juntos, os pobres são considerados como pecadores ou de não ter fé. Assim ninguém quer ser percebido na comunidade como sendo pecador ou tendo falta de fé. Nessa perspectiva, milhões de explorados continuam a serem vitimados sem esboçar reação. Aliado a isso, existe uma perene falta de pensamento crítico advindo da educação brasileira.

Outro fator impactante são os vários testemunhos, pagos ou não, que aparecem nos cultos e na estrutura midiática, tal como jornais, programas de televisão, rádios sites etc... Esses testemunhos referem-se a milhares de pessoas afirmando que foram “abençoadas financeiramente”, isto é: eram pobres e hoje estão ricas. É um discurso que qualquer pobre deseja ouvir, assim a máquina midiática também convence. Se um membro da igreja enriquecer, isto é, exponencialmente aumentado pelo grande investimento em propaganda dessas igrejas, por exemplo, se um membro testemunha que comprou um carro, ainda que seja popular e financiado, o testemunho vai ser dado como se fosse um carro de luxo e a vista, no testemunho há sempre o exagero, isto faz parte da dinâmica do testemunho. Assim as pessoas acreditam, e cada vez mais entram na estrutura religiosa, sem questionar o porquê muitos não enriquecem.

É claro que funciona a teologia da prosperidade. A existência de um *network* de negócios: com uma clientela fixa de irmãos; com ensino de administração e empreendedorismo; com controle de gastos e contabilidade; com uma propaganda que convence; com um discurso que o fiel quer ouvir e tem agencia para isso; sendo promovido ou mantido no emprego; é obvio que em alguns anos haverá vários membros que de fato melhoraram sua situação financeira, exagerada pelos testemunhos como se fossem empresários (embora existam de fato alguns). Sua vida vai melhorar e ele vai atribuir isso a mediação da igreja como obra divina,

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

logo vai falar “foi Deus que me abençoou”, quando na verdade foram as relações sociais ocorridas dentro da comunidade que fizeram com que melhorasse de vida. Como essa melhora vai ser alardeada como intervenção divina por uma grande maquina midiática, haverá uma grande crença de que o divino abençoe a vida dos fiéis. Assim a teologia da prosperidade funciona, não segundo aquilo que creem os fiéis, mas sim devido as relações socioeconômicas dentro de uma irmandade que tem como foco não Deus, mas o lucro.

Será que essa exploração não terá fim? É claro que do mesmo modo que vários melhoram de vida, um sem número continua pobre como antes, mas mesmo esses acreditam que uma hora serão abençoados. É certo que com acesso aos meios de educação de qualidade o povo brasileiro, assim como os neopentecostais, pode vir a mudar radicalmente de ideia sobre sua situação, desenvolver um pensamento crítico e que quiçá, possam deixar de ser influenciados por uma estrutura de exploração que cresce a cada dia.

Referências

ALTIVO, Bárbara Regina. Dever e prazer no “casamento-empresa”: transações singulares de controle do amor segundo a Igreja Universal, **Anais** do 24º encontro da COMPOS- Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação –COMPOS, 2015. Disponível em: http://www.compos.org.br/biblioteca/artigocomp%C3%B3s2015comnome_2793.pdf. Acesso em: 03 jan. 2016.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Os deuses do povo**: um estudo sobre a Religião popular. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BÍBLIA português. **Bíblia de Estudo Pentecostal**. Trad. João Ferreira de Almeida. Edição rev. e corrigida. Rio de Janeiro: CPAD, 1995.

CABRAL, Pina; LOURENÇO, Nelson. **Em terra de tufões**: dinâmicas da etnicidade macaense. Macau: Instituto Cultural de Macau. 1993.

CAMPOS, Leonildo Silveira; GUTIERREZ, Benjamim. (Ed.). **Na força do espírito – os pentecostais na América Latina**: um desafio às igrejas históricas. São Paulo: Pendão Real, 1996a.

CAMPOS, Leonildo Silveira. **Teatro, templo e mercado**: uma análise da organização, rituais, marketing e eficácia comunicativa de um empreendimento neopentecostal - Igreja Universal do Reino de Deus. Ed. Universidade Metodista de São Paulo, São Paulo, 1996b.

CAMPOS, Leonildo Silveira. As origens norte-americanas do pentecostalismo brasileiro: observações sobre uma relação ainda pouca avaliada. **Revista USP**, n. 67, p. 100-115, set./nov., 2005.

CAMPOS JR, Luis de Castro. **Pentecostalismo**: sentido da palavra divina. São Paulo, SP: Editora Ática. 1999.

CORTEN, A. **Os pobres e o Espírito Santo**: o pentecostalismo no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

COSTA, Otávio Barduzzi Rodrigues da. **O dinheiro: o novo deus da humanidade**: Uma análise da cultura do consumismo selvagem e de como ele se tornou a nova religião da humanidade. Lisboa: Novas Edições Acadêmicas, 2016.

FRESTON, Paul. Breve história do pentecostalismo brasileiro. In: ANTONIAZZI, Alberto *et al*. **Nem anjos, nem demônios**: interpretações sociológicas do pentecostalismo, Petrópolis: Vozes, 1993.

GORENDER, Jacob. **Marxismo sem utopias**. São Paulo, SP: Ática, 1999.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

GOSPELPRIME - Jornal de Notícias Evangélicas, **Sex Shop Gospel é criado para apimentar a relação de casais evangélicos**, edição de 27 de junho de 2010. Disponível em: http://noticias.gospelmais.com.br/sex-shop-gospel-evangelico-pode-ir-sexy.html. Acesso em: 12 dez. 2015.

FERRARI, O. A. **A Igreja Universal do Reino de Deus e o exercício do poder**. São Paulo, SP: Ave-Maria, 2007.

FROMM, E. A importância da diferença entre ter e ser. In:_____. **Ter ou Ser?** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

HINKELAMMERT, Franz J. **Hacia una crítica de la razón mítica**: el labirinto de la modernidade. México: Editorial Driada, 2008.

LIMA, Diana Nogueira de Oliveira. "Trabalho", "mudança de vida" e "prosperidade" entre fiéis da Igreja Universal do Reino de Deus. **Relig. soc.**, v. 27, n. 1, p. 132-155, 2016.

KNIGHT, George R. Dictionary of Pentecostal and Charismatic Movements [review]. **Andrews University Seminary Studies (AUSS)**, v. 27, n. 1, 1989.

MACEDO, Edir. Nos passos de Jesus. Rio de Janeiro: Editora Gráfica Universal, 2005.

MAFRA, Clara; SWATOWISKI, Claudia and SAMPAIO, Camila. O projeto pastoral de Edir Macedo: uma igreja benevolente para indivíduos ambiciosos? **Rev. bras. Ci. Soc.** [online], v. 27, n. 78, p. 81-96, 2012.

MATOS, Aldari Souza de. O movimento pentecostal: reflexões a propósito do seu primeiro centenário. **Fides Reformata**, ano 11, n. 2, p. 23-50, 2006.

MARIANO, R. **Neopentecostais**: sociologia do novo pentecostalismo no Brasil. São Paulo, SP: Loyola, 1999.

MARIANO, Ricardo. Expansão pentecostal no Brasil*:* o caso da Igreja Universal. **Estudos Avançados de religião**, v. 18, n. 52, p. 121-138, 2004.

MARTIN-BARBERO, Jesus. **Dos meios ás mediações - comunicação, cultura e hegemonia** - Trad. Ronald Polito; Sergio Alcides. Rio: Editora UFRJ, l997.

PIERATT, Alan B. **O evangelho da prosperidade**: análise e resposta. São Paulo: Edições Vida Nova, 1993.

ROMEIRO, Paulo. **Super Crentes. O Evangelho segundo Kenneth Hagin, Valnice Milhomens e os Profetas da Prosperidade**. São Paulo: Mundo Cristão, 1993.

SILVA JÚNIOR, Nilson da. Uma análise do Neopentecostalismo a partir da ética protestante e o espírito do capitalismo. **Ciberteologia - Revista de Teologia & Cultura**, ano VIII, n. 40, Out./Dez., 2012.

SOUZA, Silas Luiz de. **O respeito à lei e à ordem: presbiterianos e o governo militar 1964 – 1985**. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, Assis, 290 p., 2013.

SUNG, Jung Mo. **Desejo, mercado e religião**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

PRANDI, C.; GIOVANNI Filoramo. **As ciências das religiões**. São Paulo: Paulus, 1999.

PROENÇA, Wander de Lara. **Sindicato de Mágicos**: uma história cultural da Igreja Universal do Reino de Deus (1977-2006). Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências e Letras de Assis - Universidade Estadual Paulista, Assis, 374 p., 2006.

REDE ALELUIA. **3 atitudes para você fazer a diferença, site da rede aleluia**. 2013. Disponível em: http://www.redealeluia.com.br/3-atitudes-para-voce-fazer-a-diferenca/. Acesso em: 22 dez. 2016.

ROLIM. F.C. **Pentecostais no Brasil**: Uma Interpretação Sócio-Religiosa. Petrópolis: Vozes, 1985.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o "Espírito" do Capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837

A interpretação da decisão jurídica advinda da ADPF 132 e da ADI 4.277, segundo a perspectiva de Castanheira Neves: a decisão e suas consequências jurídicas

The interpretation of judgment resulting of ADPF132 and ADI 4277 according to Castanheira Neves's theory: the judgment and it's juridical consequences

Paulo Henrique Borges da Rocha
Doutor em Direito Público Internacional pela (PUC-MG)
Centro Universitário de Lavras (UNILAVRAS)
Lavras, Minas Gerais, Brasil
E-mail: paulo-borges@live.com

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Doutor em Direito Constitucional (UFMG)
Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP)
Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil
E-mail: alexprocesso@gmail.com

Resumo: O artigo trata do julgamento da ADPF 132/ADI 4.277 no qual o Supremo Tribunal Federal procedeu a uma interpretação conforme a Constituição para equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo às demais uniões estáveis. Houve grande debate não apenas no Tribunal, com a participação de vários "*amici curiae*", mas também na imprensa e em vários fóruns de discussão. Os fundamentos do STF foram os princípios da igualdade e da não discriminação, além do histórico jurisprudencial a favor da equiparação de vários Tribunais inferiores. Tal concepção principiológica do Direito (e da Constituição em particular) encontra eco na teoria de Castanheira Neves, o estudioso traz em sua teoria uma forma de interpretar a decisão jurídica, tendo uma perspectiva ampla do que vem a ser o sistema jurídico e como deve ocorrer essa interpretação, não restringido o direito apenas ao texto legal, em sua teoria são os princípios que conferem sentido ao direito, ele pensou uma metodologia para a utilização da hermenêutica na interpretação das decisões jurídicas. É feito um breve relato sobre os casos, depois, apontam-se alguns fundamentos do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, para, então, interpretar a decisão a partir de tal teoria e concluir que o STF, desvencilhando-se de uma exegese literal dos textos, se valeu de princípios normativos, lidos a partir da consciência jurídica geral, o que permitiu fosse feita analogia com as uniões estáveis heteroafetivas já previstas na lei civil.

Palavras-chave: União homoafetiva. STF. ADPF 132. Castanheira Neves. Analogia.

Abstract: The paper deals with judgment of ADPF 132 / ADI 4277 in which the Brazilian Supreme Court carried out an interpretation according to Constitution to equate unions between same-sex partnerships to the other stable unions. There was considerable debate not merely in court, with participation of several "*amici curiae*", but also in media and in various discussion boards. The grounds of the Brazilian Supreme Court were the principles of equality and non-discrimination, in addition to historical case law in favour of assimilation of various lower courts. This principled theory of law (and the Constitution in particular) meets with response among Castanheira Neves's theory. The scholar brings in his theory a particular way of interpreting the legal decision, taking a broad perspective of what comes to the legal system and how that interpretation should occur not only restricted the right to legislative text, in his theory are the principles that provide the right sense, he thought own methodology for the use of hermeneutics for the interpretation of legal decisions. In the article it made a brief report on the case cited, then, are pointed some fundamentals of Castanheira Neves's theory, to interpret the decision and concluded that the Brazilian Supreme Court, shifting away from an exegesis of literal texts, drew upon normative principles, read from the general legal consciousness, which was made possible analogy with stable heterosexual unions already provided in civil law.

Keywords: Same-sex partnerships. Brazilian Supreme Court. ADPF 132. Castanheira Neves. Analogy.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Data de recebimento: 25/03/2020
Data de aprovação: 18/06/2020

Introdução

O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 foi um marco contra a discriminação oriunda da orientação sexual do indivíduo. Esse julgamento, ocorrido em maio de 2011, mobilizou não só o Supremo Tribunal Federal, mas toda a sociedade brasileira. Os Ministros ponderaram, à luz dos princípios do direito, sobre a equiparação da união homoafetiva com a união estável e sobre a possibilidade de garantir o *status* de entidade familiar para elas.

Ao final dessas ações que foram julgadas conjuntamente por terem praticamente o mesmo objeto, os Ministros deram procedência ao pedido, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis, bem como garantindo-lhes o *status* de entidade familiar.

Ao conferirem essa equiparação entre as uniões, os Ministros, além de proibir esse tipo de discriminação, reforçaram a construção de uma perspectiva nova sobre o Direito, principalmente sobre o Direito de Família, que já vinha sendo feita há algum tempo pelos Tribunais inferiores e também pela doutrina no Brasil.

Pelo impacto e importância que essa decisão teve, é imprescindível entender como ocorreu tal julgamento e interpretar a decisão jurídica que se originou com as referidas ações, visualizando se a decisão foi acertada e verificando os efeitos da mesma no âmbito jurídico.

Para interpretar a decisão jurídica no presente trabalho, foi utilizada a metodologia de Castanheira Neves. Essa metodologia permite que entendamos todo o processo de criação de uma decisão jurídica, além de possibilitar interpretar suas consequências no âmbito jurídico.

Mesmo havendo vários estudos sobre essas ações, o estudo aqui presente vai por um viés distinto, não apenas procurando a resposta sobre se os Ministros acertaram ou não em suas decisões, mas tentando também entender a decisão final e sua consequência para o direito. Para tanto, inicialmente foi trazido o que ocorreu no julgamento e como os Ministros chegaram à decisão unânime pela procedência do pedido. Posteriormente, foram trazidas para a discussão as ideias de Castanheira Neves, para que, por fim, houvesse uma interpretação segundo a metodologia criada pelo estudioso.

A relevância deste estudo é indiscutível, visto que a decisão jurídica utilizada para fundamentá-lo consolidou uma construção hermenêutica[1] há algum tempo já desenvolvida do que vem a ser entidade familiar, e, por ser a família a base da sociedade – tal como dito na Constituição Federal –, gerou um impacto direto e

[1] Utilizamos aqui a ideia de "interpretação construtiva" segundo Dworkin. Dworkin (1999) parte da ideia de integridade no Direito como medida de garantia de que cada decisão gere, ao mesmo tempo, segurança jurídica e aceitabilidade racional. As proposições jurídicas, então, serão verdadeiras se, ao interpretarem o direito, reconstruindo-o procedimentalmente no presente, voltem-se para o passado (tomado reflexivamente) e para o futuro (como abertura e respeito às futuras gerações). Aí aparece a ideia de "interpretação construtiva": o direito não é um amontoado de normas e decisões do passado, mas forma um todo coerente – essa coerência é (re)construída pelo juiz, até para, eventualmente, mostrar que a decisão passada já não atende aos princípios de justiça, equanimidade e devido processo legal tal qual os concebemos no presente. Segundo Dworkin (Ibidem., p. 274), "[as] declarações de direitos são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza". A interpretação construtiva buscará princípios válidos a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta, de modo que nela se encaixem *todas* as decisões *como se* fossem componentes coerentes (retiradas, é claro, aquelas que possuem erros) (Ibidem. p. 305), o que, ao final, lhe fornecerá a única resposta correta para o caso. Para explicar melhor esse procedimento, o autor se vale da metáfora do "romance em cadeia": o autor seguinte escreve um capítulo que é novo, mas que deve guardar coerência com os anteriores (Ibidem. p. 287ss). Os juízes, de forma similar aos escritores do romance, são, ao mesmo tempo, autores (porque acrescentam algo) e críticos (porque interpretam) das tradições que resgatam.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

imediato, trazendo dúvidas sobre a possibilidade de casamento civil homoafetivo. Sem embargo dessa questão "técnica" mais imediata, há outros desdobramentos mais profundos sobre as consequências de tal decisão para o sistema jurídico. Sem o intuito de findar a discussão sobre o tema, menos ainda de dar uma resposta incontestável, o presente estudo buscou trazer à tona uma nova forma de análise sobre as referidas decisões.

1 O julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF

A equiparação da união homoafetiva à união estável foi tema da ADPF 132/RJ, tendo seu julgamento ocorrido no dia cinco de maio de 2011. O julgamento resultou na equiparação da união homoafetiva à união estável, prevista na Constituição Federal, e reconheceu o *status* de entidade familiar deste tipo de relacionamento afetivo. Essas ações tiveram a participação de quatorze *amicus curiae*, por ser um tema complexo e relevante. A decisão foi de procedência, por votação unânime dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (estando impedido o Ministro Dias Toffoli, por ter atuado como Advogado-Geral da União em um dos processos). A decisão teve efeito *erga omnes* e vinculante para toda a Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Protocolizada e autuada no dia vinte e sete de fevereiro de 2008, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 132 – ADPF 132 – foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro – Sérgio Cabral -, alegando que a diferenciação entre os dois tipos de união afetiva violaria aos seguintes preceitos fundamentais: Princípio da igualdade (Art. 5º, *caput* da Constituição Federal); Princípio da liberdade {princípio esse que deriva o princípio da autonomia da vontade} (Art. 5º, II da Constituição Federal); Princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da Constituição Federal); e o Princípio da segurança jurídica (Art. 5º, *caput* da Constituição Federal). Sustentando como fatos geradores de tais descumprimentos por parte do Poder Público, a interpretação discriminatória conferida aos incisos II e V do artigo 19[2] e os incisos I a X e parágrafo único do artigo 33[3], ambos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), com relação aos parceiros homossexuais, bem como a prolação de decisões judiciais negando a equiparação jurídica das uniões estáveis homoafetiva àquelas protagonizadas por casais heterossexuais. Com isso, o autor pediu procedência ao pedido com o intuito de estender a aplicação da união estável também para as uniões homoafetiva (que cumpram os requisitos da união estável), por meio da interpretação conforme a Constituição[4], do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, bem como a interpretação dos artigos 19, II e V e 33, I a X e parágrafo único do Decreto-Lei 220/1975, como decorrência dos preceitos fundamentais supracitados, ou,

[2] BRASIL. Decreto-Lei n. 220/1975. Art. 19. Conceder-se-á licença: [...] II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...] V – Sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício e empresa estatal ou particular.

[3] BRASIL. Decreto-Lei n. 220/1975. Art. 33. O poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I – Salário-família; II – Auxílio-doença; III – Assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV – Financiamento imobiliário; V – Auxílio-moradia; VI – Auxílio para a educação dos dependentes; VII – Tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII – Auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX – Pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X – Plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único – A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

[4] A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. [...]É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações *in concreto* e escolhas fundamentadas (BARROSO, 2007, p. 5).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

alternativamente, pelo reconhecimento da existência de uma lacuna normativa que deve ser integrada analogicamente, uma vez que, os elementos essenciais para se constituir uma união estável encontram-se presentes tanto nas uniões entre pessoas de sexos distintos, quanto nas uniões de pessoas de mesmo sexo, de acordo com a redação do referido artigo, que traz como elementos essenciais para a união estável a convivência pública, contínua e duradoura, cujo objetivo é a constituição da família.

O autor fez um pedido subsidiário de que, caso o Supremo Tribunal Federal não decidisse pela procedência do pedido da ADPF, a ação pudesse ser conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – de modo que se conceda uma interpretação conforme a Constituição dos referidos dispositivos legais, com o intuito de impedir uma interpretação que excluísse os servidores homoafetivos da tutela jurídica. Esse pedido foi acatado pelo Ministro Relator Ayres Britto que, baseando em precedentes da Corte[5], desmembrou a ADPF 132 e criou a ADI 4.277, por ter o objeto da ação mais pertinência com os pressupostos jurídicos da ação direta de inconstitucionalidade.

A ADI 4.277/DF foi proposta no dia dois de julho de 2009 pela Procuradoria Geral da República, tendo sido instruída com cópia da representação apresentada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, por pareceres de eminentes juristas e por decisões judiciais contrárias à equiparação das referidas uniões. A ação tinha como argumento central, a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, possuindo como foco a aplicação dos seguintes princípios constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da Constituição Federal); Princípio da igualdade (Art. 5º, *caput* da Constituição Federal); Princípio da vedação a discriminações odiosas (Art. 3º, IV da Constituição Federal) e o Princípio à segurança jurídica (Art. 5º, *caput* da Constituição Federal). Pela coincidência de objetos[6], a ADI foi redistribuída ao Relator, que decidiu pela encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ por esta, uma vez que seu pedido principal se resumia na declaração do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, tendo eles os mesmos deveres e direitos dos companheiros heterossexuais estendidos aos homoafetivos.

A argumentação presente nas duas ações é basicamente idêntica e pautada em princípios constitucionais que asseguram aos cidadãos disfrutar com plenitude seu ideal de "vida boa". Princípios esses que garantem ao cidadão desfrutar seu projeto de vida até mesmo no que tange a dimensão sexual e amorosa. Ao final das ações, igualaram-se os dois tipos de união, conferindo a união homoafetiva o *status* de entidade familiar.

1.1 Fundamentos para a decisão final das ações

Nesse momento, é imprescindível o entendimento de como os Ministros construíram o raciocínio para julgar procedente o pedido de equiparação das uniões homoafetivas com as uniões estáveis.

[5] ADPF-QO 72 e ADPF 178.

[6] BRASIL, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, Art. 77-B. "Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na *arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regras de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos*" (Grifos nossos).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Nas ações, houve a necessidade de descobrir se a sexualidade de um casal seria motivo de diferenciação, analisando se a orientação sexual seria ou não fator de discriminação quando recusado a equiparação da união homoafetiva com a união homossexual. O Ministro Luiz Fux, de forma clara em seu voto, demonstra que é discriminação não equiparar tais uniões, diz ele:

> Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ.)

Adiante em seu voto, Luiz Fux correlaciona o princípio da igualdade com o direito da autonomia privada, entendendo que o tratamento desigual conferido aos casais homossexuais em relação aos casais heterossexuais viola aquele direito ao submetê-los, contra a sua vontade, a padrões morais majoritariamente estabelecidos. Sendo assim, só a equiparação jurídica desses relacionamentos respeitaria o princípio da igualdade material.

Fazendo uma conexão entre o princípio da igualdade e o princípio da vedação a todo tipo de discriminação (art. 3º, IV da Constituição Federal), o Ministro Joaquim Barbosa dispõe que:

> Comungo do entendimento do relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. (Ibidem)

O Ministro, com essa fala, mostra que qualquer ato que gere exclusão ou privação a direitos, é um ato inconstitucional. Quando não se reconhece a união estável para os casais que detêm todos os requisitos para tanto, somente por sua sexualidade, sendo essa uma forma discriminatória vedada pela Constituição. Não há como falar em uma única forma de casal, principalmente diante da pluralidade que a modernidade traz.

> Se a vida nas comunidades humanas revela, normalmente, um casal composto de homem e mulher, não é esta a única forma de vida, pois sempre existiram e podem se formar parcerias de homossexuais, suscitando dificuldades jurídicas, “mais frequentes e menos assumidas, permanecendo marginalizadas.” (PEREIRA, 2001, p. 197)

O princípio da não discriminação, constante do art. 3º, IV, mencionado acima, foi objeto de grandes debates durante a Assembleia Nacional Constituinte. Em pelo menos 2 Subcomissões constava, na lista das hipóteses de vedação à discriminação, a “discriminação por orientação sexual”; no entanto, por pressão de constituintes evangélicos, tal expressão foi suprimida. De toda sorte, o responsável pela redação final do texto deixou claro em seu parecer que estava retirando a expressão porque a mesma já estaria contida na vedação

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

à “discriminação por sexo” – ou, de qualquer forma, pela genérica “e outras formas de discriminação” (BAHIA; MORAES, 2012).

Sobre o princípio da igualdade é preciso que se compreenda que o mesmo não quer dizer apenas isonomia (igualdade formal) ou equidade (igualdade material), mas possui também uma terceira dimensão, isto é, a diversidade. No primeiro caso o indivíduo/grupo é tratado pelo Estado (e os particulares) desconsiderando-se (sendo cego para) suas diferenças. É o que ocorre no caso do direito ao voto. No segundo caso, há outras hipóteses em que as diferenças são notadas para que sejam eliminadas ou pelo menos minimizadas. Políticas como as relativas a proteções trabalhistas estão nesse grupo. Ocorre que, em algumas outras hipóteses, faz-se necessário perceber que há diferenças, mas que estas não serão enxergadas como um “mal”, mas como um componente normal da pluralidade humana. Daí se percebe que não se trata exatamente de “diferença” (que toma um referencial de normalidade como padrão), mas, sim, de “diversidade”, isto é, de formas de vida igualmente legítimas (BAHIA, 2013). O reconhecimento de que há (de quem sempre houve) diversas orientações sexuais e identidades de gênero para além das respectivas binariedades “tradicionalmente reconhecidas” é fundamental para repensarmos categorias e institutos do direito que, da forma como estão, apenas podem ser compreendidos como privilégios, a menos que sofram aquela *filtragem* constitucional.

Saber quando se está diante de um caso de isonomia, equidade ou diversidade não é algo fácil. São os afetados pelas ações do Estado – por ações diretas ou por ações indiretas, como incentivos e vedações à ação de particulares – que poderão, discursivamente, expor e reivindicar as diferentes formas de igualdade. Nesse sentido a já célebre assertiva de Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 458): “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”. No caso do reconhecimento da união homoafetiva tem-se, num primeiro momento, a questão da diversidade de orientações sexuais, para, logo em seguida, vir a reivindicação por isonomia das relações afetivas.

Aprofundando a discussão, o Ministro relator Ayres Britto relaciona o princípio da liberdade com os direitos à intimidade e à privacidade, dizendo que:

> [...] Mais ainda, liberdade que se concretiza: I - sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo); II – sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte). 36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ)

Nesse contexto, o Ministro demonstrou que não se pode ferir o direito a intimidade nem mesmo o da privacidade, e não há nada mais íntimo e privado que a sexualidade de um casal. O princípio da liberdade é um princípio fundamental que garante a intimidade e a privacidade. Sem disposição em contrário na

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Constituição Federal, não é possível diferenciar os casais baseando em sua sexualidade, não havendo, assim, ilicitude em um relacionamento homoafetivo.

Há de se ressaltar a pontuação do Ministro Luiz Fux que argumenta que a negativa ao reconhecimento da união homoafetiva não se traduz na proteção de nenhum bem jurídico para a sociedade, isto é, quando os casais homoafetivos perdem suas liberdades não há um ganho em nenhum outro dispositivo constitucional, na realidade, há somente perdas. É preciso ter em mente que a concepção majoritária de moral não é juridicamente obrigatória, mesmo que seus adeptos acreditem que o é (FONSECA, 2013). Tal fato é preciso ser pontuado: sendo a concessão do direito a "igual proteção" de um grupo frente aos demais incapaz de gerar danos a estes, não se sustenta qualquer argumento no sentido de se privar aquele grupo do tal direito. Se a maioria não perde qualquer direito quando tal é concedido a uma minoria, o que senão o preconceito, sustenta a discriminação?

O Ministro Relator Ayres Britto, discorrendo sobre a autonomia privada do indivíduo, afirma que a união homoafetiva é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e expressão direta do direito à própria sexualidade, à livre orientação sexual, elevando esse fator ao patamar de cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV[7], da Constituição Federal, dispositivo este que proíbe a abolição dos direitos e garantias individuais do seio constitucional.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, ressaltou os reflexos que o princípio da dignidade da pessoa humana provocou no Direito Civil como um todo, inclusive no Direito de Família, onde a orientação prioritária passou do âmbito jurídico-patrimonial para o jurídico-existencial, diz ele que:

> O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao "ter". O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais. O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma "virada de Copérnico", foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do "ser", da personalidade, da existência. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ)

A constitucionalização do Direito elevou os princípios constitucionais a norteadores da forma como os ramos do Direito devem ser aplicados. Assim, a dignidade da pessoa humana, bem como outros princípios normativo-constitucionais como a igualdade, a liberdade, a intimidade, etc. (apenas para citar alguns que nos interessam mais de perto no presente) tomam posição de ascendência sobre regras dos Direitos Civil, Penal, Tributário, etc. Qualquer que seja a área do Direito, a Constituição é a norma primeira a ser considerada[8]. No caso específico da citada "dignidade humana":

> Um dos mais profundos reflexos provocados pela constitucionalização do Direito Civil consiste na proclamação do primado da dignidade da pessoa humana. Princípio expressamente consagrado pelo artigo 1º, inciso III da Constituição da República, o reconhecimento desta dignidade coloca a pessoa humana no centro do ordenamento. O enfoque no Direito Civil, por consequência, passa do "ter" para o "ser", abandonando-se a visão formal do ser humano como mero detentor de direitos [...] (GODINHO, 2013, p. 4).

[7] BRASIL, Constituição Federal. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

[8] O fenômeno da constitucionalização do direito ocorre na Europa pós-2a Guerra; no entanto, apenas se verificará no Brasil com a atual Constituição. (BAHIA, 2012)

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

O Ministro Luiz Fux traz para o debate a ideia de uma política de reconhecimento, que é fruto do princípio da dignidade da pessoa humana, política essa que ultrapassa o sentido formal de igualdade para que seja reconhecido como legítima e digna de respeito e proteção todas as diferenças entre os seres humanos:

> A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra. Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ)

Ao reconhecer, retira-se a valorização negativa de determinada identidade, sendo necessário eliminar a necessidade de o cidadão provar, a todo o momento, que é detentor de tal isonomia nas relações sociais. Sobre isso, o Ministro Joaquim Barbosa disserta que:

> O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da ideia de reconhecimento, uma emanação do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração [...]. (Ibidem)

O Ministro mostra, com esses dizeres, a necessidade que o sistema jurídico tem de acolher as minorias, no caso em tela, os casais homoafetivos, para que haja uma real adequação ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que não haja diferenciação entre as pessoas. Ao igualarmos as pessoas, ao invés de diferenciarmos elas, não possibilitamos que haja um discurso de exclusão, não havendo a propagação do discurso “Nós x Eles”[9]. Assim, todos seriam seres humanos e cidadãos iguais mesmo que diferentes. A pluralidade não deve ser um fardo na sociedade moderna, mas sim deve ser um fato, e como tal, deve ser incorporada ao sistema jurídico pátrio.

O reconhecimento da diversidade é uma expressão, melhor dizendo, uma exigência do pluralismo, cujo fundamento de convivência política se coaduna na tolerância recíproca. O sistema jurídico deve garantir e valorizar as várias formas de pensamento e de conduta existentes, não permitindo a discriminação nem a opressão de grupos sociais. O Estado não deve incentivar uma cultura dominante em detrimento as demais, não pode ser uma ferramenta para a uniformização da sociedade, ao contrário, deve ser uma ferramenta para garantir sua pluralidade. Sobre o pluralismo social e político (Art. 1º, V, CF), a Ministra Carmen Lúcia esclarece em seu voto que:

[9] “[...] o que fundamenta a lógica “nós x eles”, sobre a qual se constrói a modernidade, é o “fato” de que “eles” não são iguais a “nós”. “Eles” não têm alma ou são animalizados ou coisificados.” (MAGALHÃES, 2012, p. 28). O mesmo autor em seguida explica que a lógica é que “nós” somos os superiores, os mais belos, os mais inteligentes, os mais sábios, etc., enquanto “eles” são os inferiores, os feios, os sem inteligência, etc., desta forma, se justifica coisificar ou animalizar o outro, uma vez que ele não é como nós e por isso não merece o mesmo tratamento.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político. E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções. Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social [...]. (Ibidem)

Sobre a interpretação do artigo 226, §3º da Constituição Federal Luiz Fux disserta que:

> A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir à norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil. Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas [...]. (Ibidem)

As interpretações do artigo 226, §3º da Constituição Federal e do artigo 1.723 do Código Civil, segundo os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, devem ser feitas de forma extensiva, possibilitando a inclusão do máximo possível de situações, não podendo ser interpretados como forma de excluir uma parcela da população.

> Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão "união estável entre o homem e a mulher" importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional. (BARROSO, 2009. p. 208-209)

Excluir, no caso, não apenas vai contra o já citado art. 3º, IV, mas também nega o caráter aberto de uma Constituição, algo que, no nosso caso, está previsto textualmente quando o §2º do art. 5º preceitua que o (extenso) rol de Direitos Fundamentais contido no texto não é taxativo, mas aberto, uma vez que não se exclui que outros possam ser incorporados, seja via Tratados e Convenções Internacionais, seja mesmo através da interpretação do que já ali se encontra. Pensar que a Constituição teria "fixado" um modelo apenas de união estável vai contra o objetivo do que é uma Constituição[10]: ela é um texto criado para garantir e não para limitar direitos; é um texto vivo (*living constitution*) que deve estar aberto para novos direitos e novos sujeitos de direitos, quer tenham seus idealizadores querido ou não incluir este ou aquele grupo quando a redigiram.

O entendimento dos Ministros foi pela procedência do pedido; os argumentos de maior relevância foram trazidos para um melhor entendimento de como ocorreu a fundamentação da decisão final.

2 Metodologia de Castanheira Neves: o jusprudencialismo

É importante entender a decisão jurídica para se entender o direito. Sabendo isto, Castanheira Neves se debruçou sobre elas para compreendê-las. Baseando na hermenêutica filosófica (Gadamer) e na filosofia hermenêutica (Heidegger), Neves apresenta uma concepção jurisprudencialista do direito, tendo pensado em uma metodologia de interpretação jurídica.

[10] Aliás, vai contra, inclusive a construção frasal, já que em nenhum momento está dito que "somente se reconhece" como união estável o formato X ou Y.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Castanheira Neves (1998) explica que o direito é a realização prática, é uma experiência jurídica prática, apresentando uma concepção jurisprudencialista de direito, opondo-se, dessa forma, tanto ao positivismo jurídico, quanto ao funcionalismo sociológico. Neves apresenta uma concepção de direito que tem como núcleo a decisão jurídica e que busca resgatar os princípios axiológicos materiais no âmbito dos problemas práticos. Em sua teoria, o direito deixa de ser um mero instrumento do poder, não sendo também um meio para consecução de finalidades estratégicas, passando a ser uma questão de validade que está além do positivismo jurídico, estando na dimensão de uma responsabilidade ética comunitária.

> É necessário acrescentar que a concretização da lei de forma fria, apoiada pela mera exegese, além de não poder atender as expectativas da população frente à necessidade de adequação hábil às mudanças sociais, [...], provocou a necessidade de alargamento da razão jurídica o que culminou com a crise no positivismo jurídico, ou seja, o direito acaba tendo que demonstrar autonomia frente à lei para poder atender de forma satisfatória as demandas trazidas a sua apreciação, em contraposição à simples correlação da identificação com a legislação. Ademais, não se pode esquecer que a afirmação dos direitos fundamentais foi responsável pela imperativa necessidade de abertura interpretativa. (SILVA, 2013, p. 144)

A metodologia criada por Castanheira Neves pressupõe uma superação do estilo de interpretação e decisão jurídica positivista. Pressupõe um "(re)ver que é sempre uma tarefa difícil porque implica um certo abandono de princípios, implica também um (re)construir" (CURI, 2005, p. 849).

O esforço teórico de Castanheira Neves foi com o objetivo de encontrar e justificar a autonomia do direito em relação à política, de forma a ultrapassar uma justificação formal. Sendo necessário encontrar uma justificação material, axiológica, da validade do direito, tendo como meta justificar o direito através de uma justificação transpositiva e supralegal da normatividade jurídica do direito. Com isso, o direito não mais pode ser concebido somente como sendo um instrumento das políticas públicas do Estado, passando a ser visto como "uma entidade humano-cultural e prática muito específica em que o próprio sentido da prática humana se comprometia" (NEVES, 2003, P. 104). A partir de então, o problema do direito deixou de ser apenas um problema da sua legitimidade política, passando a ser um fundamento da validade material constitutiva do direito. O direito passa a ser algo maior e mais fundamental que a legalidade, tornando, assim, o *jus* para além da *lex* (NEVES, 2002).

Castanheira Neves (1993) explica ainda que a problematicidade dos casos concretos de cada época e a intenção normativa material do direito de cada comunidade influenciam o próprio desenvolvimento metodológico de interpretação, argumentação e decisão jurídica, sendo necessário compreender a metodologia jurídica em uma perspectiva ampla, tornando capaz de assimilar o sentido da problemática concreta do direito e a sua intenção normativa material.

Para Castanheira Neves (1995), a metodologia jurídica não mais pode se ater a ser uma técnica de aplicação do direito, menos ainda presumir que o direito são as leis. A decisão jurídica não pode ser vista como mera aplicação da lei, devendo ser interpretada como sendo o momento no qual o direito é criado e realizado. Para ele (1993), o decisor jurídico não é um concretizador do direito abstrato criado pelo legislador, menos ainda, o legislador é um antecipador abstrato da concretização do direito realizada pelo decisor.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

> Uma coisa é a prescrição legislativa, com um enquadramento jurídico, mas com uma institucional e funcional índole político-social numa intenção estratégica e programaticamente reformadora ou organizadora, outra coisa a realização do direito, com momentos normativo-juridicamente constitutivos, mas de índole institucional e funcionalmente judicativo-decisória e uma intenção de concreto cumprimento da normativa validade jurídica. (NEVES, 1993, P. 21)

A metodologia jurídica proposta por Castanheira Neves (1993, P. 30) seria "uma mediação normativo-jurídica própria da concreta realização do direito", ou seja, uma metodologia de mediação entre a normatividade do direito positivo e a normatividade dos demais princípios e valores sociais que levam ao entendimento da decisão jurídica.

A decisão jurídica ocorre quando o julgador encontra uma norma jurídica capaz de servir de critério, na mediação, entre o sistema e o problema, mas aí surge a questão: Como realizar adequadamente essa mediação? Essa é a pergunta que Castanheira Neves tenta responder ao criar sua metodologia de interpretação das decisões jurídicas. O estudioso renuncia à ideia positivista da mera subsunção entre a descrição do fato e a descrição da norma, que procura normas que possam atuar no fato. Ele visualizou que, por vezes, é necessário fazer ajustes no entendimento da norma para que ela se aplique ao fato concreto, fazendo uma assimilação dialética entre o sistema e o problema.

> Há entre sistema e problema uma relação dialética. Pode-se dizer que a normatividade está estabilizada em função das perguntas ou interrogações dirigidas do problema para o sistema, no entanto, novos problemas colocam novas perguntas ou revelam a inadequação de velhas respostas. Os novos problemas fazem emergir novas intenções (valores, princípios), que relativizam as intenções anteriormente estabelecidas, trazendo consigo a exigência de ordená-las de tal forma que constituam um todo congruente. (SILVESTRE, 2007, p. 17.)

A mediação pela norma hipoteticamente aplicável ocorre partir da confrontação entre o sistema (intencionalidade da norma jurídica) e o problema (âmbito de relevância jurídica do problema do caso concreto). Através dessa confrontação podem surgir três possíveis situações: (1) uma correspondência linear entre a ideia da norma e a relevância do problema; (2) uma correspondência parcial, que pode ser reajustada por adaptação ou por correção; ou (3) a inexistência de correspondência, sendo necessária que a decisão seja construída autonomamente. Existindo uma correspondência linear, a decisão jurídica torna-se simples, basta comprovar a existência da linearidade entre o sistema e o problema. Se houver uma correspondência parcial, a decisão jurídica deve ajustar, por adaptação ou correção, o sistema ao problema. Se não existir nenhuma correspondência, a decisão jurídica deve-se fundamentar nos princípios (NEVES, 1993). No caso de correspondência parcial, a decisão jurídica deve utilizar de analogia para solucionar o problema. A analogia pode ser extensiva ou restritiva. A extensiva ocorre quando a problemática do caso está aquém do âmbito de relevância da norma, já a restritiva ocorre quando o problema do caso extrapola ao âmbito de relevância da norma.

Castanheira Neves (2003) explica que para se conseguir uma decisão jurídica correta ao direito, deve-se ter uma atenção especial aos princípios. Eles não mais podem ser entendidos como axiomas que garantem a completude do sistema no caso de lacuna, mas devem ser entendidos como princípios normativos materiais, que fundamentam o próprio direito. Assim, eles não conferem apenas racionalidade ao sistema, eles conferem sentido ao mesmo.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Os princípios são fundamentos que determinam a intencionalidade da normatividade global do direito, que determina o "espírito" do sistema jurídico, são eles que determinam todo o sistema jurídico. Os princípios podem estar positivados, ou não. Se eles não estiverem positivados, podem ser princípios transpositivos ou suprapositivos. Independente do caso, os princípios são pressupostos fundamentais do sistema, e, por isso, a decisão jurídica quando tiver de assimilar, por adequação ou por correção, deve operar a assimilação em conformidade com os princípios (NEVES, 2002). Os princípios positivos são os princípios que estão positivados de forma expressa no texto normativo em vigor. Os princípios transpositivos são os que estruturam e organizam a ordem jurídica positiva, sendo eles transcendentais à ordem jurídica positiva, estando além do direito positivo. Já os princípios suprapositivos são os que se encontram acima dos princípios positivos, são os que definem os elementos e categorias do sentido último do direito (NEVES, 2003). As leis podem permanecer inalteradas em seus textos e suas descrições semânticas, mas os princípios e os valores normativos são dinâmicos. Os princípios mudam junto com a sociedade, possibilitando, assim, que haja uma atualização do sentido das normas positivadas.

Podem ocorrer situações onde não há correspondência entre a questão de fato e a questão de direito. Nesses casos, a decisão jurídica deverá assimilar a intencionalidade do sistema e o problema sem a mediação de normas jurídicas, recorrendo a outros critérios e fundamentos do direito. Mas essa ausência de normas previamente existentes no sistema para o caso concreto não significa que a decisão jurídica pode criar qualquer critério, não significa um vazio, onde pode ser decidido de qualquer forma. Existem critérios normativos transpositivos que a decisão jurídica deve respeitar. A intencionalidade do direito constitui limites à criatividade da decisão jurídica, não podendo o juiz deixar de decidir (*non liquet*): nos casos de lacuna a decisão deve criar o direito para solucionar o problema. Mas essa criação tem de estar em conformidade com o projeto intencional do direito, sendo fundamentado em princípios (NEVES, 1993).

Após entender a importância dos princípios para a teoria de Castanheira Neves (1993), há um ponto imprescindível a ser abordado: o critério que deve ser utilizado para o entendimento da decisão jurídica, que, para ele, é a analogia. A analogia é um argumento retórico que estabelece uma conexão entre duas coisas mediante a comparação, mediante a análise da correspondência, semelhança e proporção entre as coisas. A analogia não possui um controle lógico nem mesmo um controle empírico. É uma operação muito mais intuitiva que indutiva ou dedutiva, e, por isso, necessita de um objetivo, um critério e um fundamento[11]. O objetivo é o caso concreto, o critério é a analogia e o fundamento é a consciência jurídica geral. A consciência jurídica geral é a intencionalidade normativa do direito; corresponde à intencionalidade axiológica da comunidade a qual se faz parte, sendo a autocompreensão fundamental e originária do homem em sua humanidade (NEVES, 2002). A consciência jurídica geral é pontual e deriva de processo histórico-momentâneo da sociedade em questão. Em suma, é a síntese de todos os princípios e valores normativos que uma comunidade entende como fundamental. É a síntese "axiológico-jurídica dessa comunidade" (NEVES, 1993, p. 280)

Na metodologia de Castanheira Neves (1993), a decisão jurídica não pode ser somente normativamente fundamentada, mas deve também ser socialmente justificada. Isso porque uma decisão não se torna irracional

[11] Um objeto é constituído de elementos a ser relacionados ou comparados, um critério opera para a construção da identidade e das distinções que ela faz e o fundamento é a justificativa do critério.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

só por conta de seus efeitos, não podem ser racionalizados economicamente por irem contra as políticas públicas do governo. A decisão jurídica está na sua justificação normativa e não na sua justificação empírica, tendo como base as consequências da decisão. As únicas consequências que devem ser levadas em consideração são as consequências jurídicas, ou seja, qual será o impacto que ela produzirá na coerência jurisprudencial e doutrinária do sistema.

Com a metodologia criada por Castanheira Neves, abre-se uma forma diferente (do que usualmente se tem nos tribunais do Brasil, mas com grande respeitabilidade no meio acadêmico) para se interpretar a decisão da ADPF 132 e da ADI 4.277.

3 Interpretação da decisão jurídica pela metodologia de Castanheira Neves

Cada época tem seus dilemas sociais que refletem, consequentemente, no sistema jurídico. A questão da família é um tema sempre recorrente na história das discussões jurídicas, porque o conceito de entidade familiar sempre foi restritivo e impositivo. Um exemplo dessas discussões, no passado, foi sobre o casamento entre pessoas de “raças” distintas, ou seja, entre brancos e negros; atualmente a discussão volta-se para o reconhecimento, ou não, das relações homoafetivas como sendo uma entidade familiar. A ADPF 132 e a ADI 4.277 visaram solucionar esse problema.

Para entender como ocorreu o julgamento dessas duas ações, vamos utilizar a metodologia criada por Castanheira Neves. Para utilizar tal metodologia, deve-se ter em mente que a metodologia jurídica não é uma técnica de aplicação do direito, tampouco o direito é a lei positivada. Desta maneira, a decisão jurídica não é a mera aplicação da lei ao caso concreto, mas é o momento no qual o direito é criado e realizado. A decisão jurídica é a mediação entre o direito positivo e os princípios e valores da sociedade.

Nos casos em tela, a norma é restritiva, sendo esse o problema jurídico: a norma tem um âmbito de abrangência restritivo às possibilidades existentes. O artigo 1.723 do Código Civil de 2002 traz que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família.”. À primeira vista, interpretando de forma literal o referido artigo, somente se pode ter união estável entre homem e mulher, qualquer outra forma distinta desta não seria válida juridicamente, sendo considerada entidade familiar somente essa formação familiar. Mas é essa interpretação literal que Castanheira Neves ensina que não se pode fazer, pois interpretando dessa forma, as normas não conseguiriam suprir as necessidades da sociedade.

Ao vislumbrar o problema da legitimação jurídica das uniões homoafetivas, foram propostas as referidas ações. Para a solução do problema pelo sistema, houve a necessidade da utilização da interpretação do artigo conforme os princípios fundamentais da sociedade consubstanciados na Constituição. Os princípios, ao conferirem racionalidade e sentido ao sistema, devem sempre ser levados em consideração na decisão jurídica. Foi necessário adequar a norma aos princípios que fazem parte da consciência jurídica geral, ou seja, a norma teve de ser adequada à autocompreensão jurídica da comunidade.

Muitos princípios foram analisados antes do proferimento da decisão final. Os mais importantes foram os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da vedação

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

a discriminação odiosa. Sendo eles dinâmicos, devem ser utilizados para atualizar as normas positivadas. A decisão deve estar em conformidade com o projeto intencional do direito, que é fundamentado pelos princípios.

Levando-se em consideração a metodologia da construção da decisão jurídica de Castanheira Neves, o objeto da decisão jurídica é a equiparação da união homoafetiva com a união estável, o critério é a analogia e o fundamento a consciência jurídica geral. Por analogia, quando o Código Civil fala que reconhece a união estável entre homem e mulher, está possibilitando que haja variações, como entre homens ou entre mulheres. Tal "limitação" trazida pelo Código Civil tem um caráter exemplificativo, ou seja, não se pode ter uma união estável entre três, quatro ou cinco pessoas, pois a poligamia não é aceita pelo sistema jurídico, tampouco pode haver esse tipo de união entre seres humanos e outros animais. É o que ocorre, por exemplo, em uma Convenção de Condomínio onde se proíbe a entrada de cães e, por analogia, é possível perceber que não é possível a entrada de gatos, ursos, cavalos etc. Assim, a norma proíbe a entrada de animais de estimação, e não apenas cães[12]. O mesmo ocorre com o artigo 1.723 quando interpretado por analogia. O referido artigo reconhece a união estável entre casais de seres humanos (formados por 2 pessoas), não necessariamente sendo esses casais compostos por um homem e uma mulher. Barroso (2007, P. 2) nos adverte que: "[...] quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia.".

Mas não é possível utilizar a analogia e chegar a um resultado sem que o mesmo esteja em conformidade com a consciência jurídica geral da comunidade. Assim, podemos lembrar que a sociedade está cada dia mais plural, não aceitando que haja qualquer tipo de discriminação, tanto que a proibição da discriminação ao diferente ganhou caráter constitucional (Art. 3º, IV).

A sociedade não coaduna com nenhum tipo de discriminação. A autocompreensão jurídica da comunidade vislumbra o direito ao tratamento igualitário entre as pessoas. Desta maneira, uma decisão jurídica que promova discriminação ou desigualdade entre as pessoas não é socialmente justificada. Lembrando que a decisão jurídica sempre deve ser socialmente justificada. A decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao ser interpretada através da metodologia de Castanheira Neves, mostra-se acertada, uma vez que, mesmo existindo pessoas contrárias a esse tipo de relacionamento, a sociedade em geral o entende como sendo um relacionamento válido, pois se trata de dois seres humanos.

> Complementarmente, procuram-se as raízes da ideia de família (e sua mutalibilidade) a partir de uma leitura hermenêutica do instituto: se família hoje está ligada à afetividade e não mais a propriedade/poder/procriação, então o que diferenciaria uma família heteroafetiva ou homoafetiva? A partir daí se busca, desde os rudimentos da hermenêutica clássica até a sofisticação da hermenêutica gadameriana, mostrar que a *interpretação conforme a Constituição* operada pelo STF não constitui uma corrupção/traição ao texto constitucional, mas, ao contrário, respeita ao mesmo em sua interpretação sistemático-teleológica. Busca-se refutar argumentos que tradicionalmente se levantam contra o reconhecimento da união homoafetiva e mostra que nenhum deles se sustenta perante a Constituição. (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 66.)

[12] De toda sorte, apenas para acrescentar mais um elemento à discussão, perceba-se que, se no condomínio residir uma pessoa portadora de deficiência visual e que tenha um cão-guia, estaria este animal proibido de entrar com seu dono mesmo que a Convenção nada tenha trazido sobre o tema? Conceber que a literalidade do texto "é proibido entrar no Condomínio com cães" faria com que o morador conteria também uma proibição ao morador cego seria pensar o Direito de forma muito "pobre".

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Toda decisão jurídica gera consequências no sistema e estas devem ser levadas em consideração. A cada decisão jurídica alteram-se, em alguma medida, a jurisprudência e a doutrina. Ao equiparar a união homoafetiva à união estável, conferindo *status* de entidade familiar, a decisão jurídica alterou o sistema (ou consolidou, agora com efeito vinculante, uma alteração que já vinha se operando na jurisprudência e doutrina).

> Nota-se, portanto, que tendo sido declarada a união homossexual como um modo de união estável, conseqüências são geradas em diversos campos. [...] Os tribunais passaram a notar a injustiça que cometiam não permitindo a partilha de bens, o direito a benefícios previdenciários, entre outros, apenas por falta de normas legais e passaram a analisar as relações homossexuais como "sociedade de fato", ou seja, começaram a entender que se tratava de uma reunião de duas pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. (BATISTA, 2013, p.10)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 traz que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". O *caput* do referido artigo já mostra toda a preocupação que o constituinte teve com a questão familiar, consagrando a família como base da sociedade, e por isso conferindo uma proteção especial por parte do Estado. O mesmo artigo em seu parágrafo terceiro traz que: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Ou seja, já que a família é a base da sociedade, o Estado reconheceu como entidade familiar a união estável e, ao mesmo tempo, propôs a facilitar a transformação da união estável em casamento.

A discussão sobre a possibilidade de haver união estável homoafetiva, bem como o casamento civil homoafetivo não é nova. Desde 1989 vários países europeus vêm discutindo e adotando legislação cujo foco é a "parceria civil" e o casamento entre pessoas com o mesmo sexo (BAHIA; MORAES, 2012), mostrando que esse tema já é visto como relevante há algum tempo, mas somente agora chegou ao STF. Essa morosidade para discutir o tema é reflexo direto da inércia do legislativo, que não deseja discutir temas fraturantes, principalmente quando há uma minoria necessitando de ser representada (BAHIA; NUNES, 2010).

Com isso, a decisão jurídica proferida pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a união homoafetiva como união estável, consequentemente, conferindo a ela o caráter de entidade familiar, garante a possibilidade de transformar essa união em casamento civil. Mais que isso, faz com que o Estado deva facilitar que ocorra a conversão da união estável (homoafetiva) em casamento. Mesmo os Ministros não entrando no cerne dessa questão, ao conferirem o caráter de entidade familiar já possibilitaram a conversão de tal união em casamento.

Castanheira Neves diz que a decisão jurídica não deve levar em consideração nenhuma outra repercussão, a não ser a repercussão jurídica. Ao igualar a união homoafetiva à união estável, houve reflexo em todo o direito, principalmente no direito de família, sendo irracional pensar que tal decisão somente garantiria o direito ao reconhecimento da união estável para os casais homoafetivos, sem nenhum tipo de reflexo nos demais direitos matrimoniais.

Ao decidirem de forma unânime, os Ministros do Supremo Tribunal Federal mostraram que estão atentos aos princípios que regem a sociedade brasileira e que também estão fazendo o papel contramajoritário, evitando a discriminação e a criação de cidadãos de "segunda categoria". Dessa forma, resta acertada a decisão das ações que visam igualar as uniões homoafetivas com as uniões estáveis. Com essa decisão, as

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

uniões homoafetivas ganham um caráter de entidades familiares, sendo, então, permitido a esse tipo de casal ter um casamento civil.

Considerações finais

A decisão jurídica criada pela discussão da ADPF 132 e da ADI 4.277 alterou a visão de família no sistema jurídico brasileiro, bem como permitiu a visualização de uma forma de discriminação que até pouco tempo era ignorada. Com essa decisão jurídica foram igualados os direitos dos homossexuais aos dos heterossexuais, impossibilitando que haja uma distinção entre eles, distinção essa que pode ser vista como sendo discriminatória e criadora de uma gama de cidadãos de “segunda categoria”, o que é vedado pela Constituição Federal, bem como pelos princípios jurídicos brasileiros.

Ao interpretar a decisão jurídica das ações em tela, verifica-se que houve acerto dos Ministros em conceder de forma unânime a procedência do pedido da ação. Isso porque tal resultado condiz com a consciência jurídica geral da sociedade brasileira. Para chegarem a esse resultado, os Ministros ponderaram vários princípios e, utilizando a analogia, vislumbraram que não poderia ter distinção jurídica movida somente pela questão sexual.

A decisão jurídica construída nas referidas ações consolidou (porque vinculantes as decisões) uma mudança da forma como se compreende família. Com isso, surgiram várias dúvidas jurídicas, como se, a partir da decisão do STF, decorre a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão jurídica sempre causa efeitos no sistema jurídico e, portanto, antes de proferir a decisão, o magistrado os deve levar em conta. Sendo assim, ao equipararem a união homoafetiva à união estável, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, os Ministros conferiram aos casais homoafetivos todos os direitos que tal decisão traz. Como por exemplo, a possibilidade de casamento civil, pensão por morte, guarda dos filhos, etc.

A possibilidade de casamento civil de casais homoafetivos é garantida quando se equipara as uniões homoafetivas com as uniões estáveis, pois confere, assim, a união homoafetiva *status* de entidade familiar, e sendo a família a base da sociedade, como nos traz a Constituição, ela deve ser protegida. A própria Constituição dispõe que compete ao Estado brasileiro facilitar a conversão da união estável em casamento civil. Ao equiparar tais uniões, gera uma nova obrigação ao Estado, que é a de facilitar a transformação da união homoafetiva em casamento, buscando proteger a família. Desta forma, ao vislumbrar a união homoafetiva como entidade familiar, garante também a esse tipo de união, o direito de ser protegido.

Essa decisão jurídica é ampla e a discussão dos efeitos gerados por ela ainda está longe de terminar, mas o que não podemos aceitar é que seja possibilitada a criação de cidadãos de segunda categoria, excluindo parte da população, mesmo que minoria, de direito básicos, como a proteção a família.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Referências

BAHIA, Alexandre; MORAES, Daniel. O Longo Caminho contra a Discriminação por Orientação Sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa. **Revista Mandrágora**, v. 18, p. 5-25, 2012.

BAHIA, Alexandre; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI n. 4.277 – constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: O STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun., 2013, p. 65-92.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 100, p. 57-83, jan./jun. 2010.

BAHIA, Alexandre. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. *In*: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes (*et al*) (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-126.

BAHIA, Alexandre. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: ALVES, Cândice L.; MARCONDES, Thereza C. B. Bittencourt (orgs.). **Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, n.16, mai/ago, Salvador, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA, Vanessa Oliveira. Legislação, seguridade social e casais do mesmo sexo no Brasil: uma evolução jurisprudencial. **Revista Libertas UFOP**, v. 1, n. 1, jan./jun., 2013.

CURI, Ivan Guérios. Virada de Copérnico: reflexão em torno do pensamento de A. Castanheira Neves. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONSECA, Letícia de Assis. **A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal: Análise da decisão que equiparou a união homoafetiva à união estável (ADPF 132 e ADI 4.277)**. Brasília: Uniceub, 2013.

GODINHO, Adriano Marteleto. O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o Direito Civil. **Revista Libertas UFOP**, v. 1, n. 1, jan./jun., 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado Plurinacional e o Direito Internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

NEVES, A. Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

NEVES, A. Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXXIV, 1998.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da realização do direito. *in:* _____. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2, pp. 249-282.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

NEVES, A. Castanheira. **O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461.

SILVA, Allan Tones Andreza. O conceito de direito na perspectiva jurisprudencial de Castanheira Neves. **Revista A Barriguda**, v. 3, n. 1, p.139-152, 2013.

SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. Interpretação jurídica como um momento metodológico da realização do direito, segundo a perspectiva de Castanheira Neves. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 25, n. 1, p. 1-20, 2007.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
CAPES
ISSN 2177-7837

Educação para mulheres jovens e adultas em situação de cárcere: uma perspectiva inclusiva

Education for young women and adults in sacred situation: an inclusive perspective

Francis Pignatti do Nascimento
Doutorando em Ciência Jurídica (UENP)
Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)
Jacarezinho, Paraná, Brasil
E-mail: fpignatti@terra.com.br

Luzia Bernardes da Silva
Mestra em Fronteira e Direitos Humanos (UFGD)
Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD)
Dourados, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: lubersil@hotmail.com

Gustavo de Souza Preussler
Doutor em Direito (UERJ)
Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD)
Dourados, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: gustavopreussler@ufgd.edu.br

Resumo: Tendo em vista os baixos índices educacionais das mulheres que se encontram em situação de prisão, o presente trabalho tem como enfoque refletir sobre acesso à educação por moças que vivenciam situação de cárcere. Para a condução deste artigo adotou-se a perspectiva da educação inclusiva. Com a finalidade de traçar um panorama do perfil das encarceradas no estado de Mato Grosso do Sul, utilizou-se os documentos oficiais que constam nos bancos de dados governamentais. Empregou-se o método dedutivo e foram utilizadas as técnicas de investigações como a pesquisa indireta documental e bibliográfica. O corpus que compõem este paper é formado por Leis federais e estaduais, Constituições federal e estadual e o Levantamento Nacional de informações penitenciária- INFOPEN MULHERES, publicado em 2018. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de cunho exploratório dentro do escopo dos Direitos Humanos e da Educação, com ênfase na defasagem escolar das mulheres submetidas ao poder punitivo sul-mato-grossense.

Palavras-chave: Sistema prisional feminino. Educação. Inclusão.

Abstract: In view of the low educational levels of women in prison. The present work focuses on reflecting on access to education for girls who experience a prison situation. For the conduct of this article, the perspective of inclusive education was adopted. In order to draw an overview of the profile of prisoners in the state of Mato Grosso do Sul, the official documents used in government databases were used. The deductive method was used and investigative techniques such as indirect documentary and bibliographic research were used. The corpus that make up this paper is formed by federal and state laws, federal and state constitutions and the National Survey of penitentiary information - INFOPEN MULHERES, published in 2018. It is a qualitative research of an exploratory nature as within the scope of Human Rights and Education with an emphasis on the educational gap of women subjected to the punitive power of Mato Grosso do Sul.

Keywords: Female prison system. Education. Inclusion.

Data de recebimento: 14/05/2020
Data de aprovação: 20/07/2020

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Introdução

Este trabalho objetiva elaborar algumas reflexões sobre o acesso à educação por mulheres que vivenciam situação de cárcere. A primeira questão que se apresentou foi sobre a possibilidade ou não de se pensar uma educação para esse público além das concepções de remissão pelo estudo ou reinserção social. Embora os enfoques sejam relevantes, almeja-se nestas linhas tratar do acesso à educação das custodiadas na perspectiva de inclusão. Com esse desígnio em mente, passa-se, então, a pesquisar as produções acadêmicas que poderiam dar a sustentação desse viés. Em seguida, com a finalidade de traçar um panorama do perfil das encarceradas no estado de Mato Grosso do Sul, procurou-se nos bancos de dados informações quanto aos índices educacionais de sujeitos que estão sob o poder punitivo dessa unidade federativa.

Com o intuito de delinear um panorama geral do perfil das encarceradas em nível nacional, mas especialmente estadual, apresenta-se neste trabalho informações contidas no Levantamento Nacional de Informações Penitenciária (INFOPEN MULHERES) elaborado em 2018. Nesse relatório, consta que o Brasil possui uma população carcerária feminina de 42.355. Deste total, 1.268 mulheres estão alocadas em celas localizadas em delegacias de polícia. O Brasil se desponta como o quarto país que mais aprisiona mulheres. Entre os anos 2000 e 2016, houve um aumento de mulheres aprisionadas em 656% (BRASIL, 2018).

No estado de Mato Grosso do Sul, a população feminina encarcerada perfaz um total de 1.512 pessoas. Esse estado apresenta uma taxa de aprisionamento de 113%, possui a nona maior população feminina em situação de prisão, destacando-se como sendo aquele que mais aprisiona mulheres no país. São 513 sentenciadas ao regime inicial fechado, e outras 618 cumpridoras de pena de reclusão em regime inicial fechado de forma antecipada. A taxa de presas sem condenação no estado é de 41%. No que se refere às questões de visitação, os presídios femininos desse estado encontram-se abaixo da média nacional, isto é, apenas 18% desses estabelecimentos destinam espaços para o recebimento de visitas. Já as visitas íntimas caem para 9%. Ressalta-se que o percentual de recebimento de visitas é de apenas 6,2%, entretanto 32% delas têm vínculo de união estável, e 9% são casadas (BRASIL, 2018).

O estado oferta 33% de vagas com estruturas para mulheres gestantes, sendo 34 mulheres grávidas e 18 lactantes. Dessas, 62% apenas estão alocadas em estabelecimentos que atendam às suas especificidades. Um percentual de 17% dessas unidades penais possui berçários. Nenhum desses estabelecimentos possuem creches. Quanto à informação de mulheres presas que possuem filhos, o informativo não trouxe dados precisos, algumas dificuldades surgiram para gerá-los (BRASIL, 2018).

Em relação aos índices escolares, o objeto central desse texto são os 66% da população feminina em nível nacional que não acessou o ensino médio. Dessas, somente 15% delas cursaram o ensino médio. No estado de Mato Grosso do Sul, tem-se 2% de analfabetas; 2% alfabetizadas, mas sem curso regulares; 55% possuem ensino fundamental incompleto; 11% finalizaram o ensino fundamental; 16% com ensino médio incompleto; 10% com ensino médio completo; 2% com ensino superior incompleto; 1% com ensino superior completo; e nenhuma possui pós-graduação *latu* ou *estrito sensu* (BRASIL, 2018).

Diante dos números apresentados anteriormente, entende-se que as questões educacionais devem ser problematizadas, tanto no contexto exterior aos presídios como também em seu interior. O acesso à educação

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

pelos hipossuficientes vem sendo ofertado de maneira precária. Há um grupo de pessoas que estão em situação de exclusão, tanto dos bens necessários para uma vida digna como de acesso ao ensino. Conforme mostram os dados, o Estado só se faz presente na vertente de poder punitivo, uma vez que as taxas de aprisionamento ascendem velozmente.

O presente trabalho traz uma análise, a partir dos Direitos Humanos e da Educação, da defasagem escolar de mulheres que vivenciam situação de cárcere. Inicialmente, serão tratados os aspectos que versam sobre a educação e o desenvolvimento social. Para, então, traçar algumas considerações sobre os aspectos da educação prisional. Por fim, serão elaboradas algumas reflexões sobre a educação voltada às mulheres cumpridoras de pena em prisão. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, com recorte temporal referente ao período de 2016 e 2018 (período que se constata a elevação dos índices de encarceramento feminino no estado de Mato Grosso do Sul).

1 Educação e desenvolvimento social

Esta seção traz apontamentos gerais sobre o acesso à educação pelos sujeitos que estão sob o poder punitivo do Estado, uma vez que é compreendida como pré-requisito de expansão dos demais direitos sociais. Araujo (2005) afirma que o interesse em se manter um sistema de ensino dentro dos presídios se volta necessariamente àqueles que visam implementar a docilidades dos corpos e contribuir com a adaptação do preso naquele local. Tem, portanto, o viés disciplinar, vigilante e o controle dos corpos com o intuito de dominar as massas carcerárias e a manutenção da ordem. Esses aspectos se defrontam com os ideais educacionais que tem por finalidade a construção de sujeitos críticos e emancipados.

Para uma compreensão do sistema de ensino voltado aos presídios, primeiramente, serão cotejadas informações a partir do texto constitucional. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1° incisos I a V, preceitua que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Diante dos aspectos sociais nos quais estão inseridos os sujeitos dessa pesquisa, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode ser compreendido como qualidade intrínseca e distintiva inerente à condição humana. Dele emerge o direito a ser respeitado, tanto por parte do Estado como também da comunidade. Está contido um feixe de direitos e deveres fundamentais que garantem proteção à pessoa contra atos degradantes, desumanos, que visam impelir o Estado a propiciar o acesso ao mínimo existencial aos cidadãos (FRIEDE *et al*., 2018).

No que se refere à cidadania, Carvalho (2008) preceitua que o conceito é construído historicamente, que a sociedade que estamos oscila entre avanços e retrocessos. O direito à educação está imbricado intimamente com o exercício da cidadania, uma vez que ela é quem propicia o acesso ao conhecimento dos direitos civis e políticos por parte do povo. Diante desse aspecto, no início da colonização, não havia por parte dos portugueses interesses em implementar a educação primária em suas colônias. A ausência do ensino é um dos fatores que inviabiliza a construção de uma sociedade civil e política.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

No Brasil Colônia, a educação, incialmente, ficou a cargo dos jesuítas. Após serem expulsos, a coroa assume essa incumbência. Entretanto, exerceu a função de forma precária, o que dificultava o exercício de cidadania pelos colonos. Carvalho (2008) afirma que a libertação das pessoas escravizadas no Brasil se deu sem ofertar qualquer amparo para a sobrevivência em liberdade. Não lhes foram propiciados empregos e muito menos foram escolarizados. Estes fatores refletem na condição desses sujeitos nos dias atuais. É o grupo que possui menor remuneração, menor representatividade no ensino superior e compõe a parcela mais pobre do país. Em contrapartida, são aqueles que estão super-representados nos espaços carcerários. Em 1872, apenas 17% da população era alfabetizada, por não ser do interesse de uma sociedade escravagista difundir a “arma cívica”. No Brasil, o ensino superior apenas é instalado após a chegada da corte portuguesa em 1808. Embora predominasse a ausência de conhecimento das letras, a Constituição de 1808 permitiu que o analfabeto votasse. Nesse período, mais de 85% da população não possuía condições de realizar a leitura de um jornal.

Ainda de acordo com Carvalho (2008), a Constituição republicana de 1891 significa um retrocesso na educação primária, pois retirou a obrigação do Estado em propiciá-la. Em 1922, defendeu-se a educação técnica ao invés de acadêmica, de influência estadunidense – o ensino estava voltado para servir a era da industrialização. Avançou-se no sentido de entendê-la com parte essencial da sociedade. Logo após a abertura democrática em 1988, os problemas sociais permaneceram, sobretudo na educação. No decorrer do tempo, houve alguns avanços no ensino fundamental. O analfabetismo dos cidadãos acima de 15 anos caiu para 14,7% em 1996. As pessoas alfabetizadas na faixa etária entre sete e 14 anos se elevou para 97% em 2000. Entretanto, os índices de repetência são altos, ou seja, são necessários no mínimo dez anos para finalizar o ensino fundamental. Em 1997, havia 32% de analfabetos funcionais, com menos de quatro anos de escolaridade. O desconhecimento dos direitos civis está atrelado aos baixos níveis educacionais da população. Se a escravidão foi considerada um câncer social, hoje a desigualdade social tomou seu lugar. O país está dividido em castas separadas pela educação e pela renda salarial.

Araujo (2005) observa que o artigo 3° da Constituição Federal de 1988[1] carece de efetivação prática. Ao se analisar as condições sociais dos que compõem a base da pirâmide social, verifica-se que seis a cada dez crianças vivem em situação de pobreza, segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). No estudo realizado por esse órgão em 2008, constatou-se que 20,3% de crianças e adolescentes entre quatro e 17 anos sofrem violações aos seus direitos educacionais. Existe um total de 13,8% que estão frequentando escolas, porém não são alfabetizados ou estão em atraso (repetência). Já 6,8% estão sem frequentar unidades escolares. São 545 mil crianças e adolescentes negras de oito a 17 anos analfabetas, e 207 mil brancas também analfabetas.

A UNICEF (2018) informa que 6,2% das crianças e adolescentes de cinco a 17 anos exercem trabalho infantil doméstico ou remunerados. Na faixa de cinco a nove anos, são 425 mil trabalhadores infantis. Entre dez e 13, o percentual é de 7,4%. De 14 e 17 anos, perfazem um total de 1,2 milhão que realizam atividades laborais acima de 20 horas semanais. Ao se analisar os dados colacionados pelo Infopen (masculino e feminino) de

[1] “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

2018, verifica-se que o espaço carcerário possui alta representatividade de sujeitos que não tiveram acesso à uma educação regular básica. Embora a Constituição Federal de 1988 trace um programa de desenvolvimento social, na prática, o país realiza medidas paliativas. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os índices de analfabetismo são significativos. Em números absolutos, são 1, 5 milhões de pessoas que não desenvolveram as habilidades de escrita e de leitura.

Os direitos sociais contidos no artigo 6° da Constituição Federal de 1988[2] são estendíveis à população carcerária. Entretanto, conforme pontua Araujo (2005), eles não são ofertados, principalmente os educacionais. Fora dos ambientes penais, os números são desanimadores. Isso se agrava no interior deles, uma vez que o rótulo de criminoso possibilita a negativa do acesso a uma vida digna sem qualquer reflexão por parte da sociedade. Alexander (2018) afirma que a maneira mais fácil de se retirar determinados sujeitos das políticas sociais é rotulando-o como criminoso.

No texto constitucional, o artigo 205[3] versa que a educação é um direito de todos. O artigo 208[4] em seu inciso I regulamenta que é assegurado o acesso à educação para as pessoas que não foram escolarizadas no tempo certo. Esse regramento versa sobre a educação de jovens e adultos, estando incluso nesse grupo os sujeitos que vivenciam situação de cárcere. Araujo (2005) comenta que à época em que se realizou a V Conferência Internacional de Educação para Adultos (Confintea), em 1997, firmou-se o compromisso de reconhecer o direito do encarcerado a acesso à educação. Para tanto, foram elaboradas reflexões e definidos alguns procedimentos que versavam sobre educação para todos, abrangendo direitos e aspirações de diferentes grupos.

O projeto Educando para a Liberdade da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO, do Ministério da Educação e do Ministério da Justiça apoiado pelo governo japonês, “ousa transpor os muros das prisões brasileiras desde uma perspectiva de afirmação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos e de inclusão das pessoas privadas de liberdade na realização cotidiana daquele ideal de democracia” (UNESCO, 2006, p. 7). Este projeto sinaliza para um novo paradigma de ação para a educação de jovens e adultos, incluindo neste grupo aqueles que estão sob custódia estatal.

2 Aspectos sobre a educação prisional

A Lei n. 7.210 de 1984, que versa sobre a execução penal, preceitua em seu artigo 17 que a “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado” (BRASIL, 1984). Silva e Moreira (2008) advertem que o papel da educação, no interior das unidades prisionais, deve desenvolver nos sujeitos capacidades que os coloquem em melhores condições. Embora a remissão pelo

[2] “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

[3] “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

[4] “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (BRASIL, 1988).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

estudo seja um instituto elogiável, é preciso não se afastar dos ideais educacionais, evitando que se torne uma ferramenta de políticas prisionais que visam a diminuição da população prisional apenas.

Outra questão se apresenta na implementação do ensino nos espaços penais: se a escola, como observou Veiga-Neto (2001, p. 40), é um *lócus* que por excelência ocorre o atrelamento entre poder e saber na modernidade, sendo esta característica a que revela a capacidade de "articular Razão de Estado e o deslocamento das práticas pastorais (para as tecnologias do eu)". Operando como aparelho de governamentalidade, detentora de poder maior que aquele exercido nas prisões, ao ser transportada para as prisões, a escola carregará consigo tais atributos. Se no plano curricular da escola atual, elaborado e posto em funcionamento, dentre outras coisas, há a intenção de estabelecer quem é si próprio e quem são os outros. No que se refere à população carcerária, esta é composta por sujeitos constituídos enquanto outros, revelando, então, uma incompatibilidade aparente.

Ou ainda, pensando nas questões de identidade, estas se configuram em um isolamento entre "nós" e "eles". O estabelecimento de linhas fronteiriças distintas e esses afastamentos e diferenciação "supõem e, ao mesmo tempo, afirmam e reafirmam relações de poder" (SILVA, 2014, p. 3). Os pronomes pessoais "nós" e "eles" não configuram apenas distinções gramaticais, mas signos linguísticos que evidenciam posições-de-sujeito "assujeitados" por relações de poder.

Portanto, surge a necessidade de se pensar uma educação liberta dessas concepções, sobretudo de estratégias que intencionam utilizá-la como meios de reduzir a população prisional, a reincidência criminal, a violência, as fugas e óbitos no interior das unidades prisionais. Ou ainda, que não se atribua a ela a responsabilidade de retirar as pessoas das atividades ilícitas. Embora tais assuntos sejam importantes, existem outros mecanismos que operam na questão criminal que precisam ser problematizados além do campo educacional. Silva e Moreira (2008) observam que um sistema educacional deve ser pensado como aquele que possibilita o indivíduo desenvolver capacidades que o coloque em igualdade de condições para a disputa de oportunidades socialmente disponibilizadas. Obviamente que, progressivamente, ela produzirá os efeitos almejados quanto à ressocialização, porém não deve ser o único objetivo a ser perseguido.

Ainda de acordo com Silva e Moreira (2008), o instituto da remissão pelo estudo é laudável, entretanto, operando na lógica da aceleração do cumprimento de pena, tem sido concedido apenas com a comprovação da frequência escolar, sem que o aluno encarcerado tenha avançado efetivamente nos estudos. Prática esta condenável, segundo os autores, por afastar-se dos ideais educacionais. Existe um esforço conjunto entre o poder punitivo, os aparelhos educacionais e a sociedade em ofertar o ensino nos presídios, mas estão ausentes os mecanismos que sejam capazes de impelir o custodiado a cumprir as metas educacionais consubstanciadas nos planos de ensino para a prisão.

A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul quanto às questões educacionais reproduz o corpo da Constituição Federal de 1988. À semelhança da norma maior, não faz alusão ao ensino dentro dos presídios, portanto, as práticas educacionais dos custodiados se dão iguais às de pessoas livres. Araujo (2005) alerta que a defesa de uma educação cidadã é, sobretudo, propiciar às classes hipossuficientes a possibilidade de transformação por elas mesmas e para elas. A constituição estadual ainda prevê educação para todos, inclusos

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

nesse regramento jovens e adultos livres ou prisionarizados que não tiveram acesso a ela em tempo hábil (MATO GROSSO DO SUL, 1989).

Embora o legislador de 1989 tenha elegido a erradicação do analfabetismo e a universalização do acesso à educação como prioridades, sua implementação ficou reservada a lei infraconstitucional, no entanto, somente em 2003 a Lei 2.791 (Plano Estadual de Educação) foi aprovada. Dentre as inúmeras críticas tecidas por Araujo (2005), destaca-se a que refere a ausência de medidas concretas que possibilitem que os excluídos possam se educar e, consequentemente, poder desfrutar do arcabouço de direitos e deveres que constituem a cidadania.

Em que pese a lei contemplar a universalização da educação, Araujo (2005) ressalta que outras medidas devem ser observadas. Uma vez que o Estado possui um déficit na qualidade da educação pública, consequentemente, os conhecimentos dos alunos não coadunam com o nível escolar frequentado. Dentre inúmeros complicadores elencados pela autora, serão abordados os altos índices de violência nas unidades educacionais e a exclusão da educação de jovens e adultos do financiamento da educação básica. Essa realidade vai de encontro ao preceituado pela Declaração Mundial de Educação para todos:

> Todas as crianças, jovens e adultos têm o direito humano de se beneficiarem de uma educação que atenda a suas necessidades básicas de aprendizagem no melhor e mais completo sentido do termo, uma educação que inclua aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver junto e aprender a ser. Uma educação voltada a valorizar os talentos e o potencial de cada indivíduo e a desenvolver suas personalidades, de maneira que eles possam melhorar suas vidas e transformar suas sociedades (UNICEF, 1990, s./p.).

O Decreto estadual n° 11.514 de 2003 instituiu escolas polo para atender todas as extensões de sala de aula nas unidades penais, estando elas sobre a jurisdição da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) (MATO GROSSO DO SUL, 2003). Araujo (2005) adverte que o tratamento direcionado à educação de jovens e adultos livres ou prisionarizados estão alocados como apêndice. Isso se constata ao longo do processo histórico educacional brasileiro. O Estado não reconhece que um sistema de ensino com qualidade pode propiciar mudanças sócias significativas, principalmente para aqueles sujeitos que vivenciam situações de exclusão. A era do ultra liberalismo reafirma as dicotomias entre as classes sociais, acentuando as desigualdades sociais. Essas injustiças se concretizam na falta de subsídios financeiros destinados à implementação de educação continuada do público jovem e adulto livre ou não.

Ainda que o Brasil tenha aderido aos tratados e convenções internacionais que versam sobre Direitos Humanos e aos ideais de universalização do Ensino Fundamental[5], esta República negligência o acesso à educação por sujeitos em situação de prisão. Nozu, Icasatti e Bruno (2017) observam que a educação é reconhecida internacionalmente como um direito, configurando uma porta de acesso, uma pluralidade de direitos, além de ser um direito humano com o condão de viabilizar uma vida digna.

[5] Na Conferência de Jomtiem, em 1990, acordou-se que "cada país poderá estabelecer suas próprias metas para a década de 1990, em consonância às dimensões propostas a seguir: acesso universal e conclusão da educação fundamental (ou qualquer nível mais elevado de educação considerado 'básico') até o ano 2000" (UNICEF, 1990). Na Conferência de Dakar, em 2000, os países signatários firmaram o compromisso de "alcançar uma melhoria de 50% nos níveis de alfabetização de adultos até 2015, especialmente para as mulheres, e acesso equitativo à educação básica e continuada para todos os adultos" (UNESCO, 2000). Nessa mesma linha, os Estados na Conferência de Incheon, realizada em 2015, disseram: "Comprometemo-nos a promover, com qualidade, oportunidades de educação ao longo da vida para todos, em todos os contextos e em todos os níveis de educação" (UNESCO, 2015, p. 4).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

A suplantação de uma educação para todos nas políticas públicas requer que se derrube obstáculos específicos do sistema penitenciário, tais como a cultura prisional cuja viga de sustentabilidade está alicerçada em: tolerância das múltiplas faces da violência nos espaços prisionais, com a corrupção (monetária ou de valores – contracultura prisional) e venda e compra de privilégios que configuram empoderamento tanto de presos como de agentes (SILVA; MOREIRA, 2008). Com o intuito de superar as falhas do sistema penitenciário, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos de 2007 na seção IV prevê uma Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança. Este documento dita que os "direitos humanos são condições indispensáveis para a implementação da justiça e da segurança pública em uma sociedade democrática" (BRASIL, 2007, p. 47). A educação em direitos humanos para os profissionais que integram as agências repressivas é uma estratégica que objetiva consolidar os ideais democráticos. Para que surta efeitos, faz-se necessário a implementação de qualificações específicas, que levam em conta as especificidades dos profissionais desse setor. Essa capacitação deve ter como núcleo uma legislação processual moderna, ágil e cidadã (BRASIL, 2007).

Há, também, de acordo com Silva e Moreira (2008), a questão da formação de professores que ainda não abarcam as peculiaridades da educação em prisões. O regime de trabalho não é próprio, estando previstos como algo apartado, ainda que incluso na categoria magistério. As universidades públicas de forma tímida alertam para a necessidade de formar um quadro docente que seja apto a atuar em outros espaços, além dos tradicionais como salas de aulas regulares. As atividades docentes na carceragem são a última opção do educador, exercidas costumeiramente por aqueles que não conseguiram exercer suas atividades além do muro prisional. Nessa mesma linha, segue o mercado editorial no que se refere ao desenvolvimento de bibliografia ou material didático pedagógico voltados para as práticas pedagógicas nas prisões. Sem a perspectiva de lucros, resta, portanto, a utilização de materiais não específicos.

3 Educação, mulheres encarceradas e inclusão

Saraiva e Lopes (2011) comentam que a exclusão se apresenta como uma marca da modernidade. Em contraponto, a inclusão pode ser classificada como uma promessa da idealização de uma vida inclusiva. No conflito temporal, cultural e econômica dessas concepções ("inclusão" e "exclusão"), a exclusão é tida como uma ameaça à vida dos sujeitos. Assim, nos tempos atuais, há uma vulgarização política das acepções "inclusão" e "exclusão". Constata-se uma utilização desses termos de forma amplificada em diversas situações em que são empregados.

As autoras, tomando os ensinamentos de Castel (2007), advertem que a palavra exclusão deveria ser utilizada para designar sujeitos que vivenciam situações de estrema marginalização e abandono estatal. Por conseguinte, retiraria desse grupo de indivíduos que, de diversas maneiras, são destinatários de ações por parte do Estado, cujo objetivo é o de reduzir os efeitos sociais e econômicos oriundos de condições de vida precárias. Outro grupo que também não seria incluso no conceito é o reeducando que está sob a custódia estatal, para que sejam recuperados e inseridos na sociedade.

Assim, o emprego abrangente das palavras "exclusão" e "inclusão" designa sujeitos alvos da reeducação/normalização, além de outros grupos de pessoas não inseridas em espaços avaliados como bons,

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

saudáveis e adequados, vulgarizando as definições e esvaziando-as de força política. Saraiva e Lopes (2011) não consideram os custodiados como desamparados pelo Estado. Para elas, os segregados estão inseridos em uma assistência estatal. Neste ponto, este trabalho diverge das autoras. Embora o Estado possua o dever de manter a incolumidade e promover a reinserção dos apenados, na prática, essas pessoas são alocadas em um espaço hostil e violento com funcionabilidade própria avessa aos preceitos da reinserção.

Ainda de acordo com as autoras, o sistema punitivo é de suma importância para a sociedade. Para tanto, o Estado aplica investimentos nos encarcerados com intuito de vigiá-los, controlá-los para, então, reinseri-los socialmente. No entanto, Saraiva e Lopes (2011) advertem, a ressocialização não é sinônimo de inclusão social. A reinserção implica a habilidade dos custodiados retornarem à vida social provendo as próprias necessidades, e, estando em liberdade, comportem-se em consonância com o arcabouço jurídico. Diante desses aspectos, as autoras compreendem que as políticas educacionais dentro das prisões são idealizadas para a promoção da reinserção, não de inclusão.

Ao refletir sobre a articulação do emprego da nomenclatura inclusão para as práticas de reclusão e de educação, Saraiva e Lopes (2011) modulam a concepção de “governamentalidade neoliberal”. Segundo Veiga-Neto e Saraiva (2009), o sistema educacional possui íntima relação com a racionalidade política moderna, ao mesmo tempo que a escola constitui individualidades particulares, criando nas subjetividades a ilusão de unicidade e indivisibilidade. Cria ainda posições de sujeito dependentes do corpo social, sem que o sujeito faça algum sentido fora dessa lógica. A governamentalidade se apresenta como elo que evidencia a articulação entre genealogia do Estado e genealogia do sujeito moderno.

Nos tempos atuais, dizer “todos devem estar incluídos”, implicitamente, afirma-se “ninguém pode ser excluído” (LOPES, 2009 apud SARAIVA; LOPES, 2011). A forma neoliberal de organizar as relações é tomar o tempo presente como categoria essencial de disposição da vida. Logo, a palavra “exclusão” não possui seus sentidos construídos a partir de um historicismo, nem estão imbricados às concepções de sociedade e bem comum. O conteúdo dela se relaciona com a ideia de provisoriedade e comunidade, que por sua vez pode ser compreendida como agrupamento de pessoas conectadas por interesses de consumo. A definição de exclusão na contemporaneidade difere daquela construída na modernidade. A ampla utilização do termo em uma sociedade mercantil é mola propulsora da inclusão que mobiliza as relações nos tempos atuais, assim como as significações de liberdade no neoliberalismo.

A característica do Estado neoliberal é ser mínimo, quanto as ações intervencionistas e no que se refere a implementação de redes de proteção social. Os serviços públicos com viés social (educação, previdência e saúde pública) são precários, destinados apenas aos hipossuficientes, pois a parcela da população que possui condições de vida melhores migra para o serviço privado. Em contrapartida, é oferecido aos vulneráveis um estado penal macro, que, sob o argumento de que o endurecimento penal seria uma resposta aos índices de criminalidade, aumenta o tempo da durabilidade das penas. Propaga-se que tais medidas seriam eficazes para propiciar à sociedade uma tranquilidade. Desta forma, têm-se encarcerado um número elevado de pessoas, mas é importante observar que o poder punitivo estatal não se direciona a todos. Wacquant (2008) lembra que o cárcere:

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

> Se transforma em aterro sanitário para dejetos humanos de uma sociedade cada vez mais diretamente subjugada pelos ditames materiais de mercado e da compulsão moral da responsabilidade pessoal. O destino desses grupos abandonados oferece uma trágica verificação experimental da hipótese de uma ligação causal entre o fenecimento do Estado Social e a prosperidade do Estado Penal (WACQUANT, 2008, p. 14)

Assim, lembram Saraiva e Lopes (2011), o Estado tem investido em um aparelho punitivo máximo, elevando a *status* de crime condutas conectadas à miserabilidade. Visando equilibrar a minoração dos investimentos em seguridade social, ele passa, então, a majorar as políticas de inclusão; em contrapartida, os níveis de encarceramento sobem drasticamente. Desta forma, o Estado inclusivo se configura, também, como aquele que enclausura. Tal realidade é constada a partir dos dados constantes no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado em 2018, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), vinculado ao Ministério da Justiça. O estado de Mato Grosso do Sul desponta com o maior número de estabelecimentos prisionais femininos (BRASIL, 2018).

Diante da elevação da população encarcerada, a educação prisional desponta nas discussões internacionais como maior vigor atualmente, embora, de acordo com a *Correctional Education Association* (CEA, 2010 apud SARAIVA; LOPES, 2011) desde o século XVIII, promovam reflexões sobre a promoção de ensino nos espaços penais. Informa também que, em 1789, o clérigo William Roger já promovia a instrução para encarcerados na Filadélfia. No continente europeu, organizações não governamentais têm assumido o papel de promover a educação no cárcere. Destaque para a *European Prision Education Association* (EPEA) que tem por objetivo realizar pesquisas que visam incentivar e divulgar os bons resultados da educação prisional (SARAIVA; LOPES, 2011).

No contexto regional, o Plano Estadual de Educação nas prisões do estado de Mato Grosso do Sul, elaborado em 2015, em sua apresentação, traz como objetivos a promoção da ressocialização e “evitar a reincidência” por parte dos sujeitos em situação de cárcere. Relata que, em 2015, havia dois mil custodiados em atividades educacionais no interior dos estabelecimentos penais. O estado toma a educação como meio de transformar vidas, de retirar essas pessoas das práticas ilícitas e, com isso, propiciar segurança à sociedade. Desta forma, o Estado afirma ser função dele reconstruir homens e mulheres para que retornem à sociedade melhorados e destaca a educação como ferramenta hábil a propiciar o alcance desse objetivo (MATO GROSSO DO SUL, 2015).

Alerta também que a universalização da educação para o público encarcerado sofre maior restrições, sendo esse segmento o que possui o menor acesso às políticas governamentais. Para a população prisionarizada, poucos direitos lhes são propiciados para a vivência dos valores republicanos e democráticos. Inclui-la no direito a uma educação plena de sentidos é objetivo de segmentos de setores da sociedade civil e instituições públicas que acreditam na recuperação do reeducando, tendo em vista que o perfil das encarceradas é de maioria jovem, cuja escolaridade é precária e, por conseguinte, exercem profissão desprestigiada socialmente. São pessoas que o estado negou políticas públicas, falhou na constituição desses sujeitos por reduzi-los à miséria; e, para elas, a oferta de educação dentro das prisões significa oportunizar o processo de desenvolvimento humano (MATO GROSSO DO SUL, 2015).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Embora o Estado destaque a relevância da educação para esse grupo, consta nos dados do Infopen Mulheres (BRASIL, 2018) que apenas 175 mulheres estão em atividade educacional (alfabetização, ensino fundamental até o superior, cursos técnicos acima de 800 horas de aula, curso de formação inicial ou continuada acima de 160 horas de aula e atividades complementares). Apenas 12% das custodiadas possuem acesso à escolarização.

Verificou-se, então, que o Plano estadual de educação nas prisões adota o viés da reinserção como inclusão social. Ou seja, práticas pedagógicas que visam a inserção desses sujeitos na lógica neoliberal de consumo, constituindo sujeitos hábeis ao mercado de trabalho e consumo.

Considerações finais

É certo que a Lei 7.210/1984 versa sobre a execução penal e preceitua em seu artigo 17 que a "A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado". Embora a remissão pelo estudo seja um instituto elogiável, é preciso não se afastar dos ideais educacionais, evitando que se torne uma ferramenta de políticas prisionais que visam a diminuição da população prisional apenas.

Existe a necessidade de se pensar uma educação liberta dessas concepções, sobretudo daquelas estratégias que intencionam utilizá-la como meios de reduzir a população prisional, a reincidência criminal, a violência, as fugas e óbitos no interior das unidades prisionais.

A Constituição Estadual do Mato Grosso do Sul prevê educação para todos, inclusos nesse regramento jovens e adultos livres ou prisionarizados que não tiveram acesso a ela em tempo hábil. Somente em 2003 com a Lei Estadual n.2.791 que foi aprovada o Plano Estadual de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul. Conclui-se por meio dos dados levantados que existe um grande déficit no oferecimento da educação para mulheres jovens e adultas em situação de cárcere.

A sistematização dessas informações é imprescindível, considerando que não se tem no estado uma educação inclusiva. Diante dos números apresentados anteriormente, entende-se que as questões educacionais devem ser problematizadas, tanto no contexto exterior aos presídios como também em seu interior. O acesso à educação pelos hipossuficientes vem sendo ofertado de maneira precária.

Há um grupo de pessoas que estão em situação de exclusão, tanto dos bens necessários para uma vida digna como de acesso ao ensino, e, conforme mostram os dados, o Estado só se faz presente na vertente de poder punitivo, uma vez que as taxas de aprisionamento ascendem velozmente. Por fim, serão elaboradas algumas reflexões sobre a educação voltadas às mulheres cumpridoras de penas de prisão.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, com recorte temporal referente ao período de 2016 a 2018, no qual se constata a elevação dos índices de encarceramento feminino no estado de Mato Grosso do Sul.

A universalização da educação para o público encarcerado sofre maior restrições, sendo esse segmento o que possui o menor acesso às políticas governamentais. Para a população prisionarizada, poucos direitos

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

lhes são propiciados para a vivência dos valores republicanos e democráticos. Incluí-la no direito a uma educação plena de sentidos é objetivo de segmentos de setores da sociedade civil e instituições públicas que acreditam na recuperação do reeducando. Apenas 12% das custodiadas possuem acesso à escolarização.

O Plano Estadual de Educação nas prisões adota o viés da reinserção como inclusão social. Ou seja, práticas pedagógicas que visam a inserção desses sujeitos na lógica neoliberal de consumo, constituindo sujeitos hábeis ao mercado de trabalho e consumo.

Referências

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação:** Racismo e encarceramento em massa. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARAUJO, Doracina Aparecida de Castro. **Educação escolar no sistema penitenciário de Mato Grosso do Sul:** um olhar sobre Paranaíba. 2005. 240 f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade de Campinas, Campinas, 2005.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Analfabetismo cai em 2017, mas segue acima da meta para 2015**. Brasília, 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21255-analfabetismo-cai-em-2017-mas-segue-acima-da-meta-para-2015. Acesso 16 dez. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-INFOPEN Homens.** Brasília, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-INFOPEN Mulheres.** Brasília, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulhere%20s_%20arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: CASTEL, Robert. WANDERLEY, Luiz Eduardo W. BELFIORE-WANDERLEY, Mariângela. (org). **Desigualdade e a questão social.** São Paulo: EDUC, 2007, p.17-50.

FRIEDE, Reis. et. al. Estratégia Educacional para o Desenvolvimento como Liberdade: a Educação em Direitos Humanos. **Confluência-Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito,** Niterói, v. 20, n. 2, p. 186-208, 2018.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.

MATO GROSSO DO SUL. **Constituição do estado de Mato Grosso do Sul.** Campo Grande, MS, Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/0a67c456bc566b8a04257e590063f1fd/dfde24a4767ddcbf04257e4b006c0233?OpenDocument. Acesso em: 25 ago. 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Decreto n. 11.327 de 06 de agosto de 2003. *Altera dispositivos do Regulamento do ICMS e dá outra providência.* **Diário Oficial [do] Estado do Mato Grosso do Sul,** Poder Executivo, Campo Grande, MS, 06 ago. 2003. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=136952. Acesso em: 17 dez. 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Lei n. 2.791 de 30 de dezembro de 2003. Aprova o Plano Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado do Mato Grosso do Sul,** Poder Executivo, Campo Grande, MS, 30 dez. 2003. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pee/pee_ms_lei.pdf. Acesso em: 17 dez. 2019.

MATO GROSSO DO SUL. **Plano Estadual de Educação nas prisões do Estado de Mato Grosso do Sul.** Plano Estadual de Educação nas Prisões do Estado de Mato Grosso do Sul apresentado à Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão e ao Departamento Penitenciário Nacional, como parte da proposição para obtenção de apoio financeiro, com recursos do Plano de Ações Articuladas e/ou do Fundo Penitenciário Nacional, para ampliação e qualificação da oferta de educação nos estabelecimentos penais, para 2015 e 2016. Campo Grande, 2015. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/acoes-de-educacao/planoestadualdeeducaonasprisesdoms.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

NOZU, Washington Cesar Shoiti; ICASATTI, Albert Vinicius; BRUNO, Marilda Moraes Garcia. Educação inclusiva enquanto um direito humano. **Inclusão Social,** Brasília, v. 11, n. 1, p. 21-34, jul./dez. 2017.

SARAIVA, Karla; LOPES, Maura Corcini. Educação, Inclusão e Reclusão. **Currículo sem Fronteira**. v. 11, n. 1, p. 14-33, jan./jun. 2011.

SARAIVA, Karla; VEIGA-NETO, Alfredo. Modernidade líquida, capitalismo cognitivo e educação contemporânea. **Educação & Realidade,** v. 34, n. 2, p. 187-201, mai./ago., 2009.

SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença:** a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2014.

SILVA, Roberto da; MOREIRA, Fábio Aparecido. Educação em prisões: apontamentos para um projeto político pedagógico. In: **Congresso Internacional de Pedagogia Social,** v. 4, 2008. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092012000200026&lng=en&nrm=abn. Acesso em: 10 dez. 2019.

UNESCO. **Educação para todos:** o compromisso de Dakar. Dakar, Senegal: UNESCO, 2000.

UNESCO. **Educando para a liberdade:** trajetória, debates e proposições de um projeto para a educação nas prisões brasileiras. Brasília: Unesco, 2006. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149515por.pdf. Acesso em: 16 dez. 2019.

UNESCO. **Marco da educação 2030:** Declaração de Incheon. Incheon, Coréia do Sul: UNESCO, 2015.

UNICEF. **Declaração mundial sobre educação para todos:** Conferência de Jomtien. Publicações Unicef: 1990. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre- educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990. Acesso em 29 mar. 2020.

UNICEF. **Pobreza na infância e na adolescência.** Publicações Unicef: 2018. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/pobreza_infancia_adolescencia.pdf. Acesso em: 16 dez. 2019.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

VEIGA-NETO, Alfredo. Incluir para excluir. In: LARROSA, Jorge; SKLIAR (Orgs.). **Habitantes de Babel:** diferencia y mestizaje en educación y otros procesos sociales. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
UFGD Universidade Federal da Grande Dourados
CAPES ISSN 2177-7837

Resenha do livro "Reinventando os direitos humanos a partir do sul: Herrera Flores e a crítica descolonial"[1]

Daniel Carneiro Leão Romaguera
Doutorando em Direito (PUC-RJ/PARIS-QUEST)
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ)
Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
E-mail: danielromaguera@hotmail.com

Data de recebimento: 02/07/2019
Data de aprovação: 02/04/2020

Apresentação

Esse texto consiste em resenha do livro "Reinventando os direitos humanos a partir do sul: Herrera Flores e a crítica descolonial" de Natália Castilho. O livro é resultado da pesquisa de mestrado realizada no Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos (2014), sob a orientação de Fernanda Frizzo Bragato.

Como o título já revela, a proposta da autora é pensar os Direitos Humanos a partir do Sul, conforme relaciona a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores e a perspectiva descolonial. Por um lado, traz à tona todo um debate descolonial sobre os Direitos Humanos na América Latina, abrangendo temas como colonialide, modernidade, pluralidade, etc. De outro, é feita leitura dos escritos de Herrera Flores, com ênfase na concepção materialista da dignidade da pessoa humana e na dimensão cultural dos Direitos Humanos, que são entendidos como processos de luta social.

O texto se divide em quatro partes, a saber: "As Contradições do Individualismo Liberal para Pensar os Direitos Humanos na América Latina"; "Pensamento Descolonial: a Modernidade como Mito"; "Pensamento Crítico dos Direitos Humanos e a Obra de Joaquín Herrera Flores: Primeiras Aproximações"; e "Chaves Contextuais e Conceituais: Um Conceito Não Absolutista e Não Colonialista de Direitos Humanos é Possível?". Além de contar com o prefácio de Fernanda Frizzo Bragato e a apresentação de José-Manuel Barreto.

[1] CASTILHO, Natália M. **Reinventando os direitos humanos a partir do sul**: Herrera Flores e a crítica descolonial. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 208p.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

O livro, com efeito, compreende introdução à perspectiva descolonial, seguida de uma análise do *estado da arte* dos estudos descoloniais, também, de investigação crítica do pensamento liberal e da construção histórico-ocidental dos Direitos Humanos. Após, Natália apresenta a teoria crítica dos Direitos Humanos de Joaquín Herrera Flores, e, ainda, vislumbra alternativa *aos* Direitos Humanos na atualidade.

Já na introdução do livro, Natália Castilho situa a dimensão paradoxal dos Direitos Humanos, ao considerar a importância desses direitos para a concretização de avanços sociais e dos sistemas políticos democráticos, mas, também, destaca sua funcionalidade moderna e papel decisivo para a geopolítica internacional e práticas imperialistas. No cenário político atual, os Direitos Humanos não se realizam sem contradições, em especial, nos países periféricos, como àqueles da América Latina.

A autora, então, questiona as tensões dos Direitos Humanos diante da expansão e universalização do discurso ocidental, caracterizadas pelo projeto da Modernidade e os processos de globalização econômica-neoliberal. Em sentido contrário, trabalha o ímpeto emancipatório dos Direitos Humanos

Natália parte de referenciais críticos aos marcos hegemônicos, especialmente, ao discurso liberal moderno europeu de fundamentação dos Direitos Humanos. Por um lado, apresenta crítica à historicidade marcadamente etnocêntrica, de outro, busca resgatar e mobilizar resistências encobertas e silenciadas pelo discurso civilizatório da Modernidade ocidental.

Nesse sentido, constrói uma fundamentação descolonial para os Direitos Humanos associada às reflexões de Joaquín Herrera Flores, destacando-se a crítica à colonialidade/modernidade e a defesa da afirmação intercultural desses direitos no contexto latino-americano.

1 Modernidade, Colonialidade e Direitos Humanos

O livro começa pela crítica à teoria eurocêntrica dos Direitos Humanos, que é fundada na Modernidade. À qual, necessário pontuar, Natália entende como inserida em período histórico e contexto social específicos, caracterizados pelo desenvolvimento e triunfo da Europa colonial.

Significa dizer, a análise feita não considera a modernidade como toda e qualquer “modernidade”, do modo como têm feito as grandes narrativas da história com “h” maiúsculo, ou o senso comum acadêmico, mas compreende por perspectiva Moderna àquela que se fez como totalidade pela subjugação do outro e pela afirmação da matriz colonial.

Assim, a autora identifica a Modernidade como produtora de hegemonias, com a imposição político-social e a construção de saber-histórico dominante. E, dentre as principais categorias que nortearam esse paradigma Moderno, destaca a do sujeito moderno, por entender determinante para a formação dos Direitos Humanos na perspectiva eurocêntrica[2].

[2] Natália explica: “O termo eurocêntrico não se refere a uma localização geográfica, e sim à noção geopolítica que também pode ser denominada como Norte global (CONNELL, 2011, p. 10). Ou seja, os parâmetros de análise e de teorização hegemônicos não se manifestam a partir das fronteiras do território do continente Europeu, mas sim da expansão das fronteiras do capital e de seus principais centros de poder. Segundo Barreto (2012, p. 19) o termo Europa também pode significar Ocidente, e pode igualmente exemplificar a posição dos Estados Unidos, da Austrália e do Japão, devido à radicalização do processo de industrialização de suas culturas e sociedades, que alcançaram um nível avançado de modernização. Ainda, retoma-se a formulação de Ruy Mauro Marini, um dos principais teóricos da Teoria da Dependência, segundo a qual a integração imperialista dos sistemas de produção promove o surgimento de novas regiões produtoras (impulsionadas pelo imperialismo) também na América Latina, o que reduz as

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

O sujeito moderno, por sua vez, é aquele fundado sob o individualismo, quando do abandono da metafísica clássica e do surgimento do jusnaturalismo racionalista. Natália destaca o papel de Descartes e Kant (p. 20 e seguintes).

Isso não significa apenas que o pensamento mudou nessa época, mas que toda a construção social passa a ser centrada no "eu", ou seja, antropocêntrica. Afinal, o iluminismo insurge com essa tomada do indivíduo enquanto fundamento último e unidade básica da análise política e social (p. 24).

O indivíduo, como independe e autônomo, se relaciona com o próprio desenvolvimento europeu:

> A consolidação das categorias individualidade, subjetividade, liberdade, autonomia e livre-arbítrio no campo filosófico – no decorrer dos séculos XVII e XVIII – acompanhou efetivamente o processo de transposição de modos de produção diversos na sociedade europeia: do sistema feudal ao capitalismo comercial, a partir da conquista da América e da exploração colonial (p. 18).

Com isso, é definido o marco para toda a história mundial pelo esclarecimento do homem europeu, conforme a tradição filosófica e política reflete o liberalismo econômico e político moderno. Em especial, Natália destaca a formação dos Estados-Nação e os contornos de cidadania, como espaço prioritário do progresso e da civilização. Ao mesmo tempo, menciona as declarações de direitos, notadamente, a Constituição dos Estados Unidos da América e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, relacionadas ao liberalismo e ao surgimento da burguesia.

Tudo isso pode ser associado à construção de um espaço-tempo Moderno, que é europeu, mas também universal. No sentido de uma visão que se pretende universal e é capaz de se expandir, muitas vezes, de forma impositiva, sobre as diversificadas realidades e sociedades ao redor do mundo.

Nesse cenário, Natália analisa a formação do discurso hegemônico dos Direitos Humanos, evidenciando as propostas do individualismo liberal e os efeitos do eurocêntrico. É pelo universalismo europeu, então, que se tentou limitar os Direitos Humanos ao contexto apresentado, e, igualmente, eternizá-los[3].

Afinal, a concepção prevalente dos Direitos Humanos reflete uma perspectiva histórica e geográfica bem localizada, enquanto se apresenta como objetiva e universal. Diante disso, a autora destaca a crítica descolonial dos Direitos Humanos[4].

possibilidades de comércio e termos de troca equilibrados entre os países periféricos. Nesse contexto insere-se o conceito de subimperialismo, capaz de explicitar o caráter imperialista da economia brasileira em relação aos demais países latino-americanos, sobretudo porque a irracionalidade do desenvolvimento capitalista no Brasil traduz-se no estímulo da economia em direção ao exterior, no afã de compensar sua incapacidade de ampliar o mercado interno por meio da conquista de mercados já formados (MARINI, 2012, p. 156). Esse conceito permite, portanto, a adequação geopolítica e contextualizada do termo "eurocêntrico" para as análises realizadas no decorrer do trabalho" (p. 12).

[3] "A teoria convencional dos direitos humanos é cotidianamente situada ou no contexto da história Europeia, ou em contexto nenhum. Quanto à primeira prática interpretativa, eventos isolados ou uma série de eventos podem ser trazidos à baila quando pensamento no horizonte horizontal no qual a teoria convencional de direitos humanos está localizada. Dentre os mais populares e influentes está o Iluminismo, a 'história mundial' Hegeliana, o Holocausto, e a sequência constituída pela Renascença, o Parlamento Inglês e a Revolução Francesa, como na construção de Habermas sobre os momentos cruciais da formação da subjetividade moderna na qual a história tem seu começo e significado na Europa e é realizada ali, enquanto eventos exteriores são considerados episódios menores ou simplesmente não são parte da história" (BARRETO, 2012, p. 8 apud p. 43, tradução livre).

[4] "Enquanto a história dos direitos humanos na Modernidade é forjada, a historiografia desse percurso majoritariamente apresentada é única (BARRETO, 2012, p.19). Segundo Barreto, é comum encontrar a reiteração de uma linhagem formada por eventos chave, como a Magna Carta, a Revolução Britânica e o Bill of Rights, a Revolução de Independência Americana e a Declaração de Independência, a Revolução Francesa e a Declaração de direitos do homem, a crítica marxista e os direitos sociais proclamados na Constituição da União Soviética, o Holocausto e a Declaração Universal de Direitos Humanos, a emergência dos movimentos de direitos humanos nos anos 70, o final da Guerra Fria e, por fim, o 11 de setembro e a Guerra ao Terror. Nesse sentido, poderiam os direitos humanos existir além das ideias representadas e teorizadas a partir dessa história? E mais, poderiam representar

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Inicialmente, faz relato de algumas mobilizações do Sul que surgem para desafiar a predominância da razão eurocêntrica e do projeto moderno, em especial, na América Latina. Onde se destaca o descolonialismo, quando um grupo de teóricos latino-americanos, no final dos anos 90, se organiza e faz crítica da produção do conhecimento nas ciências humanas e sociais. Os pensadores descoloniais seguem o legado dos estudos pós-coloniais e da filosofia social latino-americana.

Natália apresenta a importância de pensar a partir do Sul, ao questionar as condições geopolíticas de construção do conhecimento e propor uma teoria crítica e descolonial dos Direitos Humanos, considerada a especificidade latino-americana. O que implica reconhecer a colonialidade como elemento central da modernidade, como sua face oculta, consequentemente, determinante à construção desses direitos.

A partir de conceitos como sistema-mundo, modernidade/colonialidade, centro/periferia, colonialidade do poder, etc., Natália investiga como a colonialidade se impõe pelas hierarquias sociais segundo a concepção evolutiva da história e do progresso ocidentais.

2 A crítica descolonial dos Direitos Humanos

Natália inicia com comentários sobre a tese de Dussel (2007) acerca da origem da modernidade no Séc. XVI, também, da análise de Barreto (2013) do direito natural na formação da lei internacional. Para Dussel (2013), o pensamento da expansão da Europa por um mundo colonial representa o início da filosofia política moderna. De outro lado, "(...) os princípios norteadores do direito natural estabeleceram as bases da lei internacional que surgia, a qual, em seu primeiro quadro, deveria ser entendida estritamente como a 'lei metropolitana", imperial, colonial e europeia'" (BARRETO, 2013, p. 189).

Barreto destaca a violência da conquista e o direito de intervir e dominar outros povos e territórios, a partir do debate entre Ginés de Sepúlveda (1498-1573) e Bartolomé de Las Casas (1484-1566), quando das propostas de solução do problema do *novo* continente e de *ius gentium*, e, também, a partir dos direitos das pessoas e das nações de Francisco de Vitoria (1483-1546) e Francisco Suárez (1548-1617) (p. 62).

Assim, se iniciou a construção do mito da modernidade pela consolidação da identidade europeia nesse período, enquanto o mundo foi reduzido a termos europeus, que, por sua vez, foram termos identificados como universais (FITZPATRICK, 2009).

O indivíduo europeu (heterossexual, proprietário, branco, etc.) se estabelece como o cerne da concepção de humano na Modernidade, em oposição aos desprovidos de humanidade (negro, índio, mulher, estrangeiro, etc.)[5]. Tal divisão de mundo se afirma pelas diversas práticas de inferiorização, submissão e exclusão do outro, tanto no âmbito da construção do saber como do desenvolvimento político-social.

valores e ideais diferenciados a partir de outras histórias, das histórias não contatadas ou não reveladas pelo discurso tradicional da Modernidade, representado, conforme mostra Barreto (2012, p. 19-20)" (p. 37).

[5] "São os povos e etnias transformadas no corpo "índio/a" e "negro/a", a exterioridade, que passam a representar, no discurso filosófico moderno, a partir da Conquista e da escravidão, papéis subalternos forjados pela própria retórica da Modernidade. O sistema jurídico operou a partir desse contexto, e forjou suas estruturas conceituais e teóricas de acordo com a lógica colonial" (p. 66).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

O que não acontece sem resistência e oposição, Natália remete a todo um cenário crítico ao eurocentrismo:

> Segundo Barreto (2012, p.4) a crítica ao eurocentrismo possui antecedentes ao longo dos 500 anos de resistência ao imperialismo moderno. Especialmente a partir do século XX, vem sendo renovada e reforçada por diversas escolas de pensamento, dentre elas a Teoria Pós-colonial e o Orientalismo, os Estudos Subalternos, a Teoria Descolonial, os movimentos da Critical Race Theory e da Black Radical Theory, o Black Atlantic Studies e o Feminismo do Terceiro Mundo. Em relação aos possíveis antecedentes latino-americanos, para Enrique Dussel (2008, p. 342), remontam principalmente ao período pós-segunda guerra europeia e norte-americana, a partir da organização de um grupo de filósofos39 latino-americanos. Uma das principais fontes para a Teoria Descolonial, a Filosofia da Libertação, na década de 60 e 70, reflete uma teoria filosófica que busca contribuir com uma práxis da libertação. A Filosofia da Libertação entende que é preciso superar um dualismo simplista entre centro e periferia, exploradores *versus* explorados, sem cair em um discurso reacionário ou utópico. Nessa perspectiva, assume e fundamenta a existência da dominação, a partir de pressupostos e embasamento teóricos (DUSSEL, 2008, p. 343) (p. 75-76)

Natália conjuga alguns desses movimentos e faz crítica da construção moderna dos Direitos Humanos e sua fundamentação[6], em oposição à centralização moral, à ontologia e ao dogmatismo da concepção prevalente desses direitos.

Diante do volume e da profundidade da obra, também, do propósito desta resenha, não é possível aprofundar cada contribuição de Natalia, apenas traço alguns pontos sobre a mobilização desde o sul dos Direitos Humanos.

A autora trata da latino-americanização dos Direitos Humanos que se dá pelo pluralismo jurídico não limitado ao reconhecimento da diversidade cultural, mas definido pela primazia da autodeterminação dos povos da América Latina frente ao conceito de Estado nacional. Isso pela necessidade de confrontar a totalidade moderna e deslocar o espaço habitual dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos são colocados em questão a partir de processos históricos que refletem a disputa da consciência ético-política e a luta por reconhecimento da dignidade negada aos setores e movimentos sociais. Natalia entende, portanto, o mundo dos Direitos Humanos pela pluriversalidade de lutas e relatos de resistências diversificadas, enquanto experiências comuns possam conectar-se.

De um lado, fala da transmodernidade que pressupõe uma ética da libertação, pela qual, a alteridade pode superar a opressão a que os grupos subalternos foram sempre designados na ordem moderna/colonial. Isso implica transcender o monólogo imperial (DUSSEL, 1993). De outro, destaca o pensamento fronteiriço que contribui e fortalece formas de intercâmbio e diálogo intercultural, como instrumento fundamental do processo de desprendimento epistêmico (MIGNOLO, 2010).

[6] Com relação aos Direitos Humanos, segundo Rosillo Martínez (2011, p. 365), o dogmatismo pretende encontrar um fundamento absoluto para os direitos, como fosse uma razão evidente impossível de ser questionada. Essa postura gera atitudes intolerantes, que combinadas ao pensamento débil, tornam-se funcionais ao desenvolvimento neoliberal. Próprio da pós-modernidade ocidental, uma das propostas do pensamento débil é estabelecer vários fundamentos possíveis a partir dos quais se cai em um relativismo isento de quaisquer instâncias críticas ou de referências à realidade concreta dos sujeitos oprimidos. Ante à constatação de que todo fundamento gera totalitarismos, o pensamento débil acaba transformando os direitos humanos em valor de troca no mercado neoliberal. Quanto ao reducionismo, são posturas que enfocam suas análises somente nos elementos jurídicos, ou políticos, desconsiderando as demais dimensões dos direitos humanos. São as versões de juspositivismos, jusnaturalismos, historicismos e o monoculturalismo. O último problema da fundamentação hegemônica consiste no etnocentrismo, segundo o qual toda experiência de luta por dignidade humana e o uso de instituições jurídicas e políticas para protegê-la encontram-se exclusivamente em postulados Ocidentais (p. 46-47).

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

O giro descolonial dos Direitos Humanos, portanto, se dá pela libertação radical e a descolonização epistemológica (p. 135).

3 Joaquín Herrera Flores e os Direitos Humanos

Diante dos pressupostos do pensamento descolonial dos Direitos Humanos, Natália situa o contexto teórico e epistemológico da obra de Herrera Flores, em especial, destaca a inversão ideológica dos Direitos Humanos e desenvolve sobre a noção desses direitos como produtos culturais.

A proposta da teoria crítica dos Direitos Humanos de Herrera Flores estabelece sua narrativa a partir dos sujeitos oprimidos e da crítica à dimensão colonialista da Modernidade, ao passo que expande o horizonte emancipatório desses direitos.

Natália (p. 133) diferencia tal percepção do projeto emancipatório moderno da Escola de Frankfurt, já que este não enfrenta os processos excludentes que o seu próprio desenvolvimento gerou, a herança colonial e suas consequências nefastas (genocídios, opressão, relativização da importância das vidas humanas) (MIGNOLO, 2010).

Herrera Floras concebe a noção sócio-histórica do direito em busca da emancipação humana, especialmente nas obras *El proceso cultural: Materiales para la creatividad humana* (2005a) e *Los derechos humanos como productos culturales*: *Crítica del humanismo abstracto* (2005b).

Natália (p. 40) sintetiza que os Direitos Humanos: “(...) como todo fenômeno jurídico e político, encontram-se permeados por interesses ideológicos, que não podem ser entendidos separadamente do contexto social e cultural no qual estão inseridos (HERRERA FLORES, 2000)” (p. 140). Nesse sentido, se opõe a compreensão dos Direitos Humanos como ideal, quando “(...) são pensados como produtos dados de antemão e sem qualquer relação com os conflitos sociais (HERRERA FLORES, 2009b, p. 79)”.

Herrera Flores, então, propõe a reinvenção dos Direitos Humanos a partir da interculturalidade e dos processos de luta que buscam à proteção da dignidade humana pela garantia de condições materiais de produção e reprodução da vida. Isso pela inversão ideológica das possibilidades negativas do discurso liberal em favor das mobilizações de lutas emancipatórias dos Direitos Humanos.

A partir disso, se preocupa com os Direitos Humanos em direção às realidades periféricas, que incorpora tanto a crítica da ideologia neocolonialista como do sistema capitalista, tendo em vista a “(...) necessidade de criar de condições materiais de vida para todas as pessoas e povos, diante dos vastos e profundos processos de exclusão gerados pelo capitalismo tardio e globalizatório” (p. 151).

De tal modo, é possível olhar para o caráter pluriverso das sociedades latino-americanas, no sentido de uma proposta intercultural para os Direitos Humanos, e, assim, construir um pensamento crítico desses direitos assentado nas preocupações peculiares do contexto latino-americano (p. 134).

Natália realiza a aproximação da leitura de Joaquín Herrera Flores como uma proposta descolonial dos Direitos Humanos, ao caracterizar os principais aportes de sua teoria crítica e destaca sua recepção na América Latina.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

Considerações finais

O livro de Natália é um trabalho inédito e necessário sobre o pensamento descolonial e os Direitos Humanos no Brasil, cumprindo papel importante no que diz respeito ao engajamento político-social das pesquisas na área de direito. Ela tem o ímpeto de articular a teoria crítica dos Direitos Humanos e a perspectiva descolonial para enfrentar problemas sociais do direito.

Além disso, seu trabalho é *preciso* ao apresentar a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores, aprofundando os argumentos do autor quando desafia os conceitos tradicionais do direito e do pensamento político ocidental ante a realidade latino-americana.

Importante destacar, também, alguns autores no Brasil que têm contribuído para a *descolonização* do direito com leituras críticas voltadas aos Direitos Humanos, como Fernanda Bragato, Cesar Augusto Baldi, Enzo Bello, Antonio Wolkmer, João Paulo Allain Teixeira, Thula Pires, Manuel Gándara.

Sobretudo, a contribuição da obra se dá tanto para a construção do pensamento descolonial do direito, conforme visão característica sobre os Direitos Humanos, como para enfrentar os desafios do contexto político atual. O livro, portanto, acrescenta com distinção reflexões à teoria crítica do direito e ao pensamento descolonial, por investigar temas tão *caros* como colonialidade, capitalismo, Direitos Humanos, modernidade, violência, etc.

Referências

BARRETO, José-Manuel (Ed). **Human Rights from a Third World Perspective:** Critique, History and International Law. UK: Cambridge Scholars Publishing, 2012.

CONNELL, Raewyn. A iminente revolução na teoria social. **Rev. bras. Ci. Soc**., São Paulo , v. 27, n. 80, p. 09-20, Out. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092012000300001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 mai. 2020.

DUSSEL, Enrique. **1492**: O encobrimento do Outro (o origem do "mito da modernidade")**.** Trad. Jaime A. Claesen. Petrópolis – RJ, Vozes, 1993.

FITZPATRICK, Peter. **A mitologia na lei moderna**. Coleção Díke. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

HERRERA FLORES, J. (Ed.). **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée De Brouwer, 2000.

HERRERA FLORES, J. **Teoria crítica dos direitos humanos. Os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

HERRERA FLORES, J. **El proceso cultural:** materiales para la creatividad humana. Sevilla: Aconcagua, 2005a.

HERRERA FLORES, J. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Libros de la Catarata, 2005b.

MARINI, Ruy Mauro. **Subdesenvolvimento e Revolução**. Trad. Fernanda Correa Prado e Marina Machado Gouvêa. 3ª edição. Florianópolis: Editora Insular, 2012.

MIGNOLO, Walter. **Desobediência Epistêmica:** retórica da modernidade, lógica da colonialidade e gramática da descolonialidade. Ediciones del Signo, Buenos Aires – Argentina, 2010.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil.

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. **Derechos humanos desde el pensamiento latino-americano de liberación**. 2011. 983f. Tese (Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos) - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2011. Disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12505/alejan%20dro_rosillo_tesis.pdf?sequence=1. Acesso em: 20 nov. 2013.

Este obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 3.0 Brasil.