

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA

**André Demetrio Alexandre
Gustavo Dalpupo de Lara
Katya Kozicki
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Thomas Bustamante
Vera Karam de Chueiri
(ORGANIZADORES)**

**DIREITOS HUMANOS E
TEORIAS DA DEMOCRACIA**

VOLUME IV



**DIREITOS HUMANOS E
TEORIAS DA DEMOCRACIA**

VOLUME IV

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA

ANDRÉ DEMETRIO ALEXANDRE
GUSTAVO DALPUPO DE LARA
KATYA KOZICKI
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA
THOMAS BUSTAMANTE
VERA KARAM DE CHUEIRI
(ORGANIZADORES)

DIREITOS HUMANOS E TEORIAS DA DEMOCRACIA

VOLUME IV



Belo Horizonte
2019

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dirceó Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosenvald
Florisbal de Souza Del'Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladimir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2019.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva

Imagem de Capa: Pexels (Pixabay.com)

Revisão: Responsabilidade do Autor

321.8	Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia
C749	Política (3. : 2019)
2019	Direitos humanos e teorias da democracia/ [Organizado por] André Demétrio Alexandre [et al.].
v.4	Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. (Desigualdade e a reconstrução da democracia social, v. 4) 362p.
	ISBN: 978-85-8238-562-3 (v.4)
	ISBN: 978-85-8238-554-8 (Coleção)
	ISBN: 978-85-8238-563-0 (E-book)
	ISBN: 978-85-8238-555-5 (E-book)

1. Democracia social. 2. Direito constitucional. 3. Filosofia política. 4. Política. I. Alexandre, André Demétrio (Org.). II. Lara, Gustavo Dalpupo de (Org.). III. Kozicki, Katya (Org.). IV. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). V. Bustamante, Thomas (Org.). VI. Chueiri, Vera Karam de (Org.). VII. Título. VIII. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 4.

CDD(23.ed.)– 321.8
CDDir – 341.234

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2018

AUTORES

ALEXANDRE GARRIDO DA SILVA

Professor Adjunto de Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Coordenador do grupo de pesquisa “Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito (CNPq)”. Contato: garridosilva@ig.com.br.

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da UFOP e IBMEC/BH. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito “Novos Direitos, Novos Sujeitos-UFOP. Coordenador docente do Núcleo de Direitos Humanos - UFOP. Coordenador do Grupo de Estudo “Omissão Inconstitucional e o papel do STF: estudo sobre a ADO n° 26” financiado pela FAPEMIG. Bolsista de Produtividade do CNPq.

ANA BEATRIZ DE ARAÚJO CERQUEIRA

Graduanda em Direito na Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista de Iniciação Científica pela FAPEMIG. Contato: anabeatrizaraujocerqueira@gmail.com.

ANA CAROLINA SILVA DOMINGUES

Bolsista da CAPES. Mestranda em Direito pela UFPR, Especialista em Direito Público e Processo Civil. Graduada em Direito pela UFPR e Processos Ambientais pela UTFPR. Curitiba-PR, Brasil. E-mail: dominguesanac@gmail.com.

ANDRÉ MATOS DE ALMEIDA OLIVEIRA

Mestrando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bolsistas CAPES. Graduado em Direito pela UFMG. Brasil. andrematosalmeida@hotmail.com.

CAROLINE GODOI DE CASTRO OLIVEIRA

Mestranda no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. País: Brasil. E-mail: carolinegcastro@gmail.com.

FAUSY VIEIRA SALOMÃO

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, Unidade Frutal, Brasil. E-mail: fausysalomao@hotmail.com.

FERNANDA DIAS DE ORNELAS

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. E-mail: fernandadiornelas@gmail.com.

GABRIELLE STRICKER DO VALLE

Bacharela em Direito (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestranda na linha de pesquisa Direito, Poder e Controle (núcleo de Direito do Estado) do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição (PPGD-UFPR), Brasil, strickergv@gmail.com.

GEANNE GSCHWENDTNER

Graduanda em Direito pela Univille campus São Bento do Sul - SC. Brasil. E-mail: geanneg@yahoo.com.br.

GUSTAVO TRENTO CHRISTOFFOLI

Bacharel em Direito (2015) pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Mestrando na linha de pesquisa Cooperativismo e Economia Solidária (núcleo de Direitos Humanos e Democracia) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR (PPGD-UFPR), Brasil, gustavo_trento@hotmail.com.

ISABELA ANTÔNIA RODRIGUES DE ALMEIDA

Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora de Iniciação Científica voluntária na Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação da Profa. Dra. Karine Salgado. Brasil. <isabelaaralmeida@gmail.com>.

ISABELA MURTA DE ÁVILA

Mestre em Direito do Trabalho pela UFMG, Brasil, isabelamurta2012@gmail.com.

JACQUELINE LOPES PEREIRA

Mestranda na área de concentração em Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em

Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional (Virada de Copérnico) e Núcleo de Direitos Humanos e Vulnerabilidades, ambos da Universidade Federal do Paraná. Bolsista CAPES/PROEX. Endereço eletrônico: jacqueline.lobes10@gmail.com. Curitiba- Brasil.

JONATHA RAFAEL PANDOLFO

Acadêmico do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Brasil. E-mail: pandolfo.jonatha@gmail.com.

JORDANA LETÍCIA DALL AGNOL DA ROSA

Graduanda em Direito, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB), Brasil. E-mail: jordanadallagnol@hotmail.com.

JOSÉ MAURO GARBOZA JUNIOR

Graduado em Ciências Sociais (2016) e História (2017) pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES, graduado em Direito (2016) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Coordenador do Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia – CEIL. (<http://ideiaeideologia.com/>). Contato eletrônico: garbozajm@gmail.com.

JULIANO LOCATELLI SANTOS

Mestrando em Direito (PUC-PR), área de concentração Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Pós graduado em Direito Processual Civil (PUC-PR). Pós graduado em Direito Civil e Empresarial (PUC-PR). Graduado em Direito (PUC-PR). Advogado. Brasileiro. Endereço eletrônico: jlocatelli7@gmail.com.

KÁTIA SALOMÃO

Doutoranda em Filosofia, na linha de pesquisa ética e filosofia política, pela UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Mestre em Filosofia, com ênfase em aspectos éticos e políticos, pela UNESP (Universidade Estadual Paulista – Júlio Mesquita Filho). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL– Universidade Estadual de Londrina. Professora de Filosofia e Hermenêutica Jurídica da UNIVEL – União Educacional de Cascavel.

KATYA KOZICKI

Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora do CNPq. Email: katyakozicki@gmail.com.

LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Direito Constitucional e Desenvolvimento Sustentável – CNPq. E-mail: lfs garbossa@uol.com.br / luis.sgarbossa@ufms.br. O presente artigo constitui resultado parcial do Projeto de pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia Econômica e Social e Desenvolvimento Sustentável, coordenado pelo autor e financiado com recursos da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul – Fundect e do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul – Chamada Universal n. 10/2015.

MARIA HELENA FONSECA FALLER

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora de Teoria do Direito e Teoria da Constituição. Presidente da Associação Nacional por uma Economia de Comunhão. Email: mariahelena@faller.com.br.

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL

Mestranda na área de concentração em Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional (Virada de Copérnico) da Universidade Federal do Paraná. Advogada atuante na cidade de Curitiba, Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: maaribpimentel@gmail.com.

PÂMELA DE REZENDE CORTES

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bolsista CAPES. Mestra em Direito (Bolsista CAPES/REUNI) e Graduada em Ciências do Estado pela UFMG. Brasil. pamelarecortes@gmail.com.

PATRÍCIA VIERA OLIVEIRA

Acadêmico do Curso de Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel.

RAINER BOMFIM

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Bolsista de Iniciação Científica PROBIC/FAPEMIG. Coordenador discente do Núcleo de Direitos Humanos- UFOP. Membro do Grupo de Estudo “Omissão Inconstitucional e o papel do STF: estudo sobre a ADO n° 26”.

RICARDO JOSÉ LEITE DE SOUSA

Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro UERJ, Brasil, e-mail: ricardo.sousa@loureiromaia.com.br.

ROBERT AUGUSTO DE SOUZA

Graduando em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Unidade Frutal, Brasil. E-mail: robert96@hotmail.com.br.

RUAN DIDIER BRUZACA

Doutorando em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Brasil. E-mail: ruandidier@gmail.com.

SARAH FRANCINE SCHREINER

Advogada, professora da Univille campus São Bento do Sul – SC. Brasil. E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br.

TANI MARIA WURSTER

Bacharel e Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Brasil, email: taniwurster@hotmail.com.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XIV
PARTE I	
TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DA DEMOCRACIA.....	1
CAPÍTULO 1	
DEMOCRACIA RADICAL, PLURAL E AGONÍSTICA: O PENSAMENTO DE CHANTAL MOUFFE E O ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES ATUAIS DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA <i>Juliano Locatelli Santos</i>	2
CAPÍTULO 2	
DA DEMOCRACIA POLÍTICA À DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: PROPOSTA DE UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO E DE NOVOS MODELOS DE DEMOCRACIA <i>Luís Fernando Sgarbossa</i>	20
CAPÍTULO 3	
O RESGATE DA DEMOCRACIA CONTRA A POLARIZAÇÃO: PRAGMATISMO DEMOCRÁTICO E GRUPOS IDEOLÓGICOS <i>Pâmela Cortes; André Oliveira</i>	40
CAPÍTULO 4	
RETORNO DO POLÍTICO: CONFLITO E LIBERDADE <i>Isabela Antônia Rodrigues de Almeida</i>	55
CAPÍTULO 5	
A ÉTICA DA ALTERIDADE EM EMMANUEL LÉVINAS COMO FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA POLÍTICA: ENSAIOS PARA UMA DEMOCRACIA RADICAL <i>Katya Kozicki; Maria Helena Fonseca Faller</i>	71

<p>CAPÍTULO 6 INTERLOCUÇÕES ENTRE A DEMOCRACIA AGONÍSTICA E A POLARIZAÇÃO: O DEBATE SOBRE A DEMOCRACIA DIVIDIDA <i>Alexandre Garrido Silva; Ana Beatriz Araújo Cerqueira</i>.....</p>	90
<p>PARTE II DIREITOS HUMANOS, CONSTITUCIONALISMO PLURAL E DIÁLOGOS.....</p>	102
<p>CAPÍTULO 7 EM BUSCA DO DIREITO DOS COMUNS: AMOR, ARTE, CIÊNCIA E POLÍTICA <i>José Mauro Garboza Jr.</i></p>	103
<p>CAPÍTULO 8 A INTEGRALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL <i>Jacqueline Lopes Pereira; Mariana Pimentel</i></p>	118
<p>CAPÍTULO 9 EM BUSCA DA DIGNIDADE HUMANA: A VERSÃO DE HABERMAS E SEUS CONTRAPONTO À INSTRUMENTALIDADE SISTÊMICA E NORMATIVA <i>Patricia Vieira Oliveira; Katia Rocha Salomão</i>.....</p>	138
<p>CAPÍTULO 10 JUS COGENS COMO IDEAL UTÓPICO?: RELATIVISMO CULTURAL E EXPANSIONISMO ECONÔMICO GLOBAL COMO BARREIRAS À EFETIVAÇÃO DE UMA CONVENCIONALIDADE INTERNACIONAL <i>Robert Souza; Fausy Salomão</i>.....</p>	155
<p>CAPÍTULO 11 PERSPECTIVAS CRÍTICAS À TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS ENTRE FOUCAULT E MARX <i>Gabrielle Stricker do Valle; Gustavo Trento Christoffoli</i>.....</p>	174
<p>CAPÍTULO 12 REFUGIADOS AMBIENTAIS: ENTRAVES E POSSIBILIDADES DE PROTEÇÃO JURÍDICA <i>Ana Carolina Silva Domingues</i>.....</p>	192

<p>CAPÍTULO 13</p> <p>OS CONTORNOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE</p> <p><i>Isabela Murta de Ávila; Ricardo José Leite de Souza</i>.....</p>	210
<p>PARTE III</p> <p>DIREITOS HUMANOS E REALIDADE(S) BRASILEIRA(S).....</p>	234
<p>CAPÍTULO 14</p> <p>O FEMININO COMO CONDIÇÃO DE INVISIBILIDADE E VULNERABILIDADE NA PERSPECTIVA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO</p> <p><i>Tani Maria Wurster</i></p>	235
<p>CAPÍTULO 15</p> <p>O ESTADO BRASILEIRO PODE SER RESPONSABILIZADO INTERNACIONALMENTE PELA OMISSÃO EM CRIMINALIZAR A LGBTIFOBIA?</p> <p><i>Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia; Rainer Bomfim</i>.....</p>	253
<p>CAPÍTULO 16</p> <p>A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTIFOBIA NO ESTADO BRASILEIRO: UMA PROPOSTA DE ESTUDO TRANSDISCIPLINAR COM FUNDAMENTOS CENTRAIS DE IGUALDADE, RECONHECIMENTO E TEORIA DAS INSTITUIÇÕES</p> <p><i>Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia; Rainer Bomfim</i>.....</p>	275
<p>CAPÍTULO 17</p> <p>INTERVENÇÃO AMICI CURIAE DAS UNIVERSIDADES COMO FORMA DE CONCRETIZAR DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: ANÁLISE A PARTIR DO ACP PARA BANIMENTO DO AMIANTO NO PARANÁ</p> <p><i>Fernanda Dias de Ornelas; Jonatha Pandolfo</i></p>	286
<p>CAPÍTULO 18</p> <p>ROMPENDO O DIREITO TRADICIONAL: A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA POPULAR JUNTO ÀS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DO BAIXO-PARNAÍBA MARANHENSE</p> <p><i>Jordana da Rosa; Ruan Bruzaca</i></p>	300

CAPÍTULO 19

MIGRAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS:
APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS NO CONTEXTO
BRASILEIRO

Caroline Godoi Oliveira 313

CAPÍTULO 20

A JUSTIFICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO
NO DELITO DE HOMICÍDIO EM RAZÃO DA DESIGUALDADE
DE GÊNERO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS
LATINO-AMERICANO.

Sarah Francine Schreiner; Geanne Gschwendtner 330

APRESENTAÇÃO

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, cujos Anais da Terceira Edição publicamos nestes volumes, consolida-se como um dos mais importantes espaços de discussão e reflexão crítica sobre os temas centrais destas áreas do conhecimento, e um fórum permanente de diálogo entre os mais relevantes grupos de pesquisa no Brasil e na América Latina, com grande potencial para formação de redes de pesquisa e monitoramento da legitimidade das instituições brasileiras e regionais.

Os anais que apresentamos consolidam uma seleção de setenta e três trabalhos apresentados no evento de Curitiba (III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política), com o tema geral “Desigualdade de Reconstrução da Democracia Social, em quatro volumes: i) Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política, ii) Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional, iii) Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo e iv) Direitos Humanos e Democracia.

Os temas dos quatro volumes não poderiam ser mais atuais, em vista do momento de retrocesso dos direitos fundamentais e da democracia social em todo o mundo, o qual requer da comunidade científica e dos estudiosos da filosofia política e do direito constitucional uma agenda capaz de reconstruir os pilares fundamentais do Estado Democráticos de Direito.

Os trabalhos que apresentamos nestes quatro volumes constituem um importante esforço intelectual para este desiderato, realçando a importância da academia e da comunidade científica para a promoção da democracia e da legitimidade do poder estatal, com especial ênfase para o Brasil e a América Latina, bem como a vocação da Associação Brasileira de Direito Constitucional e Filosofia Política para a promoção da cidadania, da busca do conhecimento e do enfrentamento crítico das grandes questões político-jurídicas do conturbado momento institucional brasileiro.

PARTE I

**TEORIAS CONTEMPORÂNEAS
DA DEMOCRACIA**

CAPÍTULO 1

DEMOCRACIA RADICAL, PLURAL E AGONÍSTICA. O PENSAMENTO DE CHANTAL MOUFFE E O ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES ATUAIS DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Juliano Locatelli Santos

RESUMO: O presente estudo de revisão bibliográfica e documental pretende abordar, descritivamente, alguns dos conceitos essenciais da obra da cientista política belga Chantal Mouffe, destacando a sua noção de democracia radical, plural e agonística. A partir de elementos iniciais do seu pensamento, tais como a noção de hegemonia e antagonismo, Mouffe estabelece sua crítica à democracia deliberativa, especialmente através de John Rawls e Jürgen Habermas, ao afirmar se tratar de um modelo calcado no consenso, cuja negação do político não permite o antagonismo. Aborda ainda a resignificação do político para conceber um *nós* em oposição a um *eles*, não mais enquanto inimigos, conforme Carl Schmitt, mas enquanto adversários. Por fim, e de acordo com as reflexões de Chantal Mouffe, são descritas algumas tensões próprias da nova ordem mundial e de um mundo hegemonicamente unipolar e universalista, bem como da política no cenário europeu e mundial, relacionadas com a negação do antagonismo e da dimensão do político, tais como a ascensão da extrema direita, o terrorismo e o neoliberalismo.

1. INTRODUÇÃO

Para a tentativa de responder a pergunta sobre qual seria o modelo ideal de democracia, a cientista política belga Chantal Mouffe se notabiliza como uma das mais importantes pensadoras do mundo contemporâneo. Sua obra se ramifica não apenas na Europa, onde tem influenciado teoricamente movimentos e partidos políticos, mas também na América Latina. Tendo sido casada com o filósofo argentino Ernesto Laclau, falecido em 2014, possui com este uma obra tida como referência do pós-marxismo, o livro *Hegemonia e Estratégia Socialista*, escrito em 1985 mas que somente foi traduzido e publicado no Brasil trinta anos depois, em 2015. Outra importante obra de Chantal Mouffe, *Sobre o político*, também foi publicada em edição brasileira no ano de 2015, embora originariamente escrita em 2005. Seu pensamento vem sendo cada vez mais sendo objeto de estudo no Brasil, denotando a relevância das proposições sobre o seu modelo teórico.

O presente artigo busca inicialmente trazer alguns dos conceitos e reflexões mais fortemente presentes na obra de Chantal Mouffe, e que formam o

arcabouço teórico do modelo de democracia agonística, plural e radical por ela defendido. Em seguida, se procura abordar, a partir da sua perspectiva, acerca de algumas questões políticas candentes no mundo atual.

E para tal, é absolutamente necessário, ao se tratar da temática Mouffeana, trazer à lume as noções de hegemonia e antagonismo, basilares para a construção do seu conceito de democracia.

2 .HEGEMONIA A PARTIR DE GRAMSCI

Em *Sobre o Político*, Chantal Mouffe afirma que é preciso reconhecer o caráter hegemônico de todos os tipos de ordem social, bem como há que se reconhecer que a sociedade é o conjunto de práticas que tentam estabelecer ordem em um conjunto de contingência (Mouffe 2015,16). Prossegue a autora, afirmando que a ordem política presume alguma forma de exclusão, no sentido de que outras possibilidades diversas foram reprimidas (Mouffe 2015, 17). Assim, o político e o social se relacionam com a noção de hegemonia.

É onde se insere a influência do pensador marxista italiano Antonio Gramsci, um intelectual e ativista que mesmo do cárcere durante o regime fascista, desenvolveu grande parte de sua obra, especificamente a noção de hegemonia, com o objetivo de influenciar a classe operária italiana rumo à condução emancipatória de seus caminhos. Sua noção de hegemonia implica em uma nova relação entre estrutura e superestrutura, conceitos típicos do marxismo, para demonstrar a centralidade das superestruturas (Alves 2010), no intento de que as classes subalternas se transformem em classe dirigente, mantendo-se o poder através do consentimento das massas, e não apenas pela força da coerção, combinando-se força e consenso (Gramsci 2007, 95). Gramsci se detém a analisar de que forma as classes subalternas podem assumir a condução dos rumos da própria história, importando compreender como na realidade se organiza e se estrutura a ideologia da classe dominante (Angeli 2011, 124).

E quando se detém a analisar de que forma as classes subalternas podem ascender ao poder, e qual o papel que a cultura desempenha no sentido de estancar e manter tais classes como subalternas, Gramsci desenvolve primeiramente as noções de sociedade civil e sociedade política, como integrantes do conceito de Estado ampliado (2001, 20):

Por enquanto, podem-se fixar dois grandes “planos” superestruturais: o que pode ser chamado de “sociedade civil” (isto é, o conjunto de organismos designados vulgarmente como “privados”) e o da “sociedade política ou Estado”, planos que correspondem, respectivamente, à função de “hegemonia” que o grupo dominante exerce em toda a sociedade e àquela de “domínio direto” ou de comando, que se expressa no Estado e no governo “jurídico”

O conceito de hegemonia demonstra o modo como se exerce o domínio de uma classe sobre outras, sendo que a cultura é o expoente de demonstração das convicções do grupo social. Luciano Gruppi, ao destacar que a hegemonia é impossível sem a unidade entre teoria e ação, aduz a uma noção de hegemonia em Gramsci vista não apenas como direção política, mas como direção moral, cultural e ideológica. (Gruppi 1978, 11). Quando uma classe consegue incorporar interesses das classes subalternas, terá assim exercido sua hegemonia. Mas esta incorporação deve se dar sob a forma de um equilíbrio de compromisso (Gramsci 2007, 49), visando a realização mínima de sacrifícios em seu favor (Alves 2010, 78). Tais compromissos, entretanto, não chegam a colidir com aspectos basilares do grupo hegemônico.

Na obra *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*, Ernesto Laclau e Chantal Mouffe buscam preencher lacunas deixadas pelo marxismo clássico (Alves 2010, 87). Destacam a relevância da noção de hegemonia como sendo uma segunda fase do pensamento marxista, ampliando-se a perspectiva de compartilhamento de valores por vários grupos sociais, que nem sempre eram percebidos como classes. Tendo Gramsci como ponto de partida e necessário pressuposto de superação do marxismo clássico, estabelecem elementos da democracia radical, passando necessariamente pela questão da hegemonia. (Laclau e Mouffe 2015). Destacam esta superação marxista por Gramsci, para quem os sujeitos políticos não são estritamente classes, mas vontades coletivas complexas (Laclau e Mouffe 2015, 132), a serem exercidas pelo homem coletivo, pressupondo “(...) a conquista de uma unidade cultural-social pela qual uma multiplicidade de vontades desagregadas, com fins heterogêneos, solda-se conjuntamente na busca de um mesmo fim” (Gramsci 2001, 399). Nesta perspectiva, toda forma de consenso é elemento resultante de uma articulação hegemônica, que se desenvolve através dos fenômenos de equivalência e de fronteira. Hegemonia e antagonismo são, pois, dois conceitos chave para a compreensão da natureza do político (Mouffe 2014a, 21). Toda ordem se afirma no plano da indecidibilidade e da contingência, diante da exclusão de outras possibilidades (Mouffe 2014a, 22), sendo resultado de práticas hegemônicas sedimentadas, porém não perenes. Sobre estes aspectos, Ana Rodrigues Cavalcanti Alves (2010, 88) destaca:

Nesse sentido, a indecidibilidade estrutural é condição de possibilidade da hegemonia. Sem indecidibilidade e contingência não é possível pensar as rearticulações hegemônicas contingentes e a política como atividade autônoma. Assim é que a hegemonia é vista como a tomada de decisão em bases indecidíveis.

A dimensão do antagonismo está sempre presente, e se traduz em uma luta entre projetos hegemônicos opostos. (Mouffe 2014a, 27). O antagonismo

fecha toda possibilidade de uma reconciliação final e de um *nós* plenamente inclusivo (Alves 2010, 91). Deste modo, se pode compreender que é a presença de forças antagônicas, sem fronteiras estáveis a lhes dividir, o elemento que estabelece uma articulação hegemônica. Acerca do conceito de configuração hegemônica, segundo Chantal Mouffe (2014, 131):

Assim, esse conceito de configuração hegemônica é crucial para conceber de que maneira atuar na política. Revela que sempre se podem mudar as coisas politicamente, que sempre se pode intervir nas relações de poder para transformá-las. (tradução livre).

Se Laclau e Mouffe utilizam o pensamento de Gramsci como ponto de partida para a conceituação de hegemonia, concebendo as relações sociais – e não apenas as de classe – na disputa em torno da configuração hegemônica, tem-se que enquanto Gramsci ainda se mantinha na perspectiva da instauração de uma sociedade socialista sem classes, Laclau e Mouffe se distanciam deste ponto de vista, pois concebem o antagonismo como um elemento constitutivo do social, de caráter aberto e incompleto (Alves 2010, 95). E assim, para Laclau e Mouffe (2015, 43):

Há, no entanto, uma diferença crucial, pois nós nunca visualizamos o processo de uma radicalização da democracia, que defendemos, como se dando em um terreno neutro, cuja topologia não fosse afetada, mas como uma profunda transformação das relações de poder existentes. Para nós, o objetivo era o estabelecimento de uma nova hegemonia, que requer a criação de novas fronteiras políticas, não o seu desaparecimento.

Mesmo a despeito de tal diferenciação, se percebe a relevância de Gramsci enquanto referencial teórico pós-marxista, em face do conceito de hegemonia, muito presente a partir de então na obra de Chantal Mouffe.

3. A POLÍTICA E O POLÍTICO. COM CARL SCHMITT E CONTRA CARL SCHMITT

Chantal Mouffe combate o que denomina de *pós-político*, enquanto crença de que é possível um mundo sem inimigos, calcado portanto na ideia de consenso e no fim da tensão entre direita e esquerda, tão comumente apregoa-da na atualidade. Esta visão pós-política, ou antipolítica, obscurece o caráter conflitivo que permanece na sociedade. Segundo bem define Katya Kozicki (Mouffe 2015, x), no prefácio da edição brasileira de *Sobre o Político*, o consenso é perigoso para a política democrática, porque aprofunda o nível de antagonismo existente, sendo que a democracia precisa de um espaço vibrante de discussão, na perspectiva agonística da política.

Pode à primeira vista causar certo incômodo encontrar na obra de Chantal Mouffe diversas referências a um filósofo alemão notadamente com vínculos ao nazismo, como Carl Schmitt (Rodrigues 2005). Nesse sentido, Mouffe justifica que é a força intelectual dos teóricos, e não os seus atributos morais, o elemento central para que se dialogue com suas obras (Mouffe 2015, 4). Mas o que em verdade a cientista política belga trabalha é uma leitura a partir de Carl Schmitt, especificamente em seu livro *O conceito do político*. Mas não para endossar seus pontos de vista, e sim para seguir a partir de seus referenciais, reformulando-os seja em seu desenvolvimento, seja em suas conclusões. Seu método se desenvolve “*com Schmitt, contra Schmitt*” (Mouffe 2015, 13). A menção a Carl Schmitt é justificada na medida em que este, um defensor e um pensador do Estado, desenvolve sua base crítica de fundamentação ao liberalismo. A primeira frase de sua célebre obra acima mencionada, é: “O conceito de Estado pressupõe o conceito do político” (Schmitt 1992, 43). Deste modo, sua crítica contundente ao liberalismo, a quem acusa de despolitizador e negador do conflito, é um dos pontos de partida para Chantal Mouffe desenvolver sua crítica específica à democracia liberal. Não pelos mesmos argumentos do filósofo Alemão, mas valendo-se de algumas das suas premissas como ponto de partida.

Uma das mais importantes considerações de Mouffe se opera na crítica ao liberalismo, que a seu ver, equivocadamente considera um campo cosmopolita de democracia consensual, sem inimigos, sem conflituosidade, e no qual não mais cabem as noções de esquerda e direita. Considera uma democracia que ignora a possibilidade de chegar a um consenso sem exclusões e excluídos. Tal visão expõe “uma absoluta falta de compreensão do que está em jogo na política democrática” (Mouffe 2015, 2), o que contribui para fazer eclodir ainda mais o antagonismo na sociedade. Para ela é essencial a distinção entre *a política* e *o político*. E tal distinção se opera através de dois tipos de abordagem. Uma, no campo da teoria política, no nível ôntico, no sentido de que a política se relaciona com as diferentes práticas e instituições de coexistência, e estão sempre afetadas pela dimensão do político. Já no nível ontológico, o político se refere a dimensão de antagonismo em que a sociedade é constituída. O político se refere a dimensão do antagonismo que pode adotar diversas formas, e advir de diversas relações sociais (Mouffe 2014a, 22). A política, assim, afirma que “questões políticas não são apenas questões técnicas, destinadas a resolução por especialistas”. (Mouffe 2015, 9). A hegemonia do liberalismo, e sua incapacidade de pensar o antagonismo, impedem que se compreenda que questões políticas contenham dilemas, e por conseguinte, a necessidade de escolha entre posições opostas ou conflitantes. Do que decorre a incapacidade de pensar politicamente, típica da inflexão liberal, sendo esta segundo Mouffe a principal deficiência do liberalismo no campo político. (Mouffe 2015, 9), ou como afirma, um ponto cego (Mouffe 2014a, 23).

Carl Schmitt assinalava que o político pode somente ser compreendido na perspectiva da dicotomia amigo/inimigo. Ao Estado, pertence o *ius belli*, enquanto possibilidade de determinar o inimigo e combatê-lo (Schmitt 1992, 71). Contempla Carl Schmitt, segundo Chantal Mouffe, um *nós* contrário a um *eles*, sendo este um elemento essencial para a compreensão da identidade, no sentido de que somente pode haver uma identidade quando esta esteja constituída como uma diferença, e o *nós* requer, como condição de possibilidade, a demarcação de um *eles*. O racionalismo liberal não admite que tal construção de identidades está relacionada ao dissenso, na medida em que somente poderia haver identidade quando constituída como diferença. A condição de existência de uma identidade é, pois, a afirmação de uma diferença (Mouffe 1996, 13). E assim, a percepção do outro, na política, se relaciona com a constituição de identidades coletivas de *nós* e *eles*. (Mouffe 2014a, 24). Do que decorre compreender que a formação de identidades políticas, é ao mesmo tempo a impossibilidade de formação de sociedades livres do antagonismo, dado que as identidades se formam a partir da diferença e do dissenso (Mouffe 2014a, 25).

Assim, são basicamente duas as premissas de Carl Schmitt que servem de parâmetro para a teorização de Chantal Mouffe. Uma, a natureza de clara conflitualidade existente no âmbito da política, que integra o teor da crítica do filósofo alemão ao liberalismo, ou seja, um antagonismo inerente à política. A outra, no sentido de que toda forma de identidade política pressupõe a distinção “*nós/eles*”, e sempre pode se tornar um espaço de antagonismo. Estas posições, objeto de reflexão a partir do pensamento de Carl Schmitt, e que lhe servem a outras construções teóricas, passam a integrar também a construção político-democrática de Chantal Mouffe.

4. A DEMOCRACIA RADICAL, PLURAL E AGONÍSTICA, E A CRÍTICA A RAWLS E HABERMAS

Adentrando no debate acerca de modelos contemporâneos de democracia, Chantal Mouffe estabelece sua crítica ao modelo de democracia deliberativa, que a seu ver decorre de premissas plenamente convergentes ao liberalismo, e reside entre outros pontos, em negar o pluralismo para a busca pelo consenso. Nesse sentido, Mouffe afirma que (1996, 193):

Pretendo defender que é muito importante reconhecer essas formas de exclusão pelo que são e pela violência que significam, em vez de as ocultar sob um véu da racionalidade. Mascarar a verdadeira natureza das necessárias fronteiras e modos de exclusão exigidos por uma ordem democrático-liberal, fundamentando-os no carácter supostamente neutro da racionalidade, cria efeitos de ocultação que põe em causa o correcto funcionamento da política democrática.

Assevera Mouffe que se trata de uma ideia central, no sentido de que as decisões políticas devam ser tomadas através de um processo deliberativo entre cidadãos iguais e livres, destacando-se o papel da razão e da moral (Mouffe 2014a, 25). O que a seu ver, não envolve necessariamente uma novidade, na medida em que a deliberação tenha acompanhado a democracia desde a Antiguidade, variando-se as formas de se conceber esta deliberação (Mouffe 2005, 11). E sua crítica à democracia deliberativa toma como referências John Rawls e Jürgen Habermas, representantes de duas das suas principais vertentes. Mouffe descreve que para Rawls o consenso é permeado pela dimensão moral, sendo a sociedade ordenada conforme princípios a partir de uma concepção de justiça (Mouffe 2005, 17), enquanto para Habermas, sob uma abordagem procedimental, concebe-se o espaço democrático como campo de atuação de uma unidade política integrada pelo discernimento racional em direção à legitimidade (Mouffe 2005, 17).

A crítica de Chantal Mouffe parte da questão do reconhecimento do pluralismo na democracia deliberativa, aduzindo que muito embora não haja completa negação, não há, por outro lado, o reconhecimento de que o pluralismo seja relevado a ponto de impedir um consenso racional sobre decisões políticas (Mouffe 2005, 15). E por isso, o consenso derivado da democracia deliberativa circunscreve um domínio não sujeito a um pluralismo de valores, onde o consenso sem exclusão não se instaura (Mouffe 2005, 16). Mouffe é enfática em assinalar que tanto Rawls quanto Habermas buscam cingir, na democracia liberal, o pluralismo a uma dimensão privada, sendo que no âmbito público o consenso seria estabelecido por uma visão compartilhada de justiça, ao ver de Rawls, ou ainda por uma visão procedimental para Habermas. Ou seja, o reconhecimento do pluralismo de valores e de suas tensões irreconciliáveis é restrito ao plano do não público, a fim de garantir o consenso no domínio público, onde as questões controversas são retiradas da agenda, sendo a política vista como um processo racional de negociação, obliterando-se a dimensão do político (Mouffe 1996, 186). Creem que a política democrática requer a eliminação das paixões na esfera pública, e por isso não podem apreender o processo de constituição das identidades políticas (Mouffe 2014a, 67). O modelo deliberativo de política democrática, assim, acaba por negar a dimensão do poder e do conflito, e o respectivo papel que desempenham na formação das identidades coletivas (Mouffe 2001, 19).

Para Chantal Mouffe, deve-se entender o papel central das paixões e afetos na vinculação a valores democráticos, compreendendo-se sua força motriz no âmbito político (Mouffe 2014a, 25), e que as paixões sejam mobilizadas para a promoção de metas democráticas (Mouffe 2011, 21). Apenas com a multiplicação de instituições, discursos, formas de vida que fomentem a identificação com valores democráticos (Mouffe 2005, 18), se privilegiam os cida-

ções da democracia. Para ela, as instituições liberal-democráticas desencorajam o envolvimento ativo do cidadão na unidade política, ao encorajarem a privatização da vida (Mouffe 2005, 18) e retirarem as paixões do campo da política (Mouffe 2001, 18).

A partir dessas considerações, Mouffe entende que é absolutamente necessário romper com tais concepções que mascaram o exercício pleno da democracia e o reconhecimento do pluralismo de ideias. A democracia deliberativa liberal não reconhece o antagonismo, que decorre do pluralismo de valores. Encara a política como um processo negocial entre indivíduos, que oblitera a dimensão e o poder do antagonismo (Mouffe 1996, 186). E assim, não concebe o consenso como algo inerradicável. Deste modo, tal modelo não concebe a dimensão do político, vislumbrando-o como um domínio particular da moralidade (Mouffe 2005, 19), reduzindo-se assim a política à ética.

É central na obra de Chantal Mouffe a noção de um modelo democrático que se disponha a consagrar a dimensão do político, constituindo identidades e reconhecendo o antagonismo. Um modelo que tem necessariamente que se conciliar com a dimensão de conflito e antagonismo da política, e tem ainda que aceitar a pluralidade de valores (Mouffe 1996, 202). Com efeito, reconhecer a dimensão conflitual que decorre da pluralidade de valores existentes no meio social, é o ponto de partida para o pleno reconhecimento de uma forma pluralista de democracia, que não subverta nem omita os antagonismos latentes, mas não devidamente representados em uma democracia fundada em legitimidade racional. Nesse sentido (Mouffe 2005, 21):

Devemos aceitar que cada consenso existe como resultado temporário de uma hegemonia provisória, como estabilização do poder e que ele sempre acarreta alguma forma de exclusão. Ideias de que o poder poderia ser dissolvido por meio de um debate racional e de que a legitimidade poderia ser baseada na racionalidade pura são ilusões que podem colocar em risco as instituições democráticas.

A noção do político em Chantal Mouffe, calcada também, como em Carl Schmitt, na criação de um “nós” em oposição a um “eles”, difere do filósofo alemão porque concebe o “eles” não enquanto inimigos, mas como adversários, no sentido de que são pessoas cujas ideias e valores tem reconhecido o seu direito de defender tais valores e ideias, ainda que tais sejam combatidas. O adversário reconhece a legitimidade das demandas de seu oponente (Mouffe 2014b, 137). É um inimigo legítimo (Mouffe 2005, 20), com quem se compartilha uma base principiológica ético-política de liberdade e igualdade, discordando-se no plano da interpretação de tais princípios.

A eliminação da categoria do inimigo transforma o antagonismo em uma nova dimensão. Este é o reconhecimento pleno da pluralidade, e de uma

forma diversa de antagonismo, que não se baseia em dissenso entre inimigos, mas entre adversários, o que inaugura o que Chantal Mouffe denomina de *agonismo*. Conforme sua expressão, o objetivo da política democrática é transformar o antagonismo em agonismo. Longe de ameaçar a democracia, o agonismo é a condição de sua existência (Mouffe 2005, 21). Trata-se de uma perspectiva que reconhece a real natureza de suas fronteiras e também suas formas de exclusão, ao invés de tentar disfarçá-la sob o manto da racionalidade ou moralidade (Mouffe 2001, 22).

5. CHANTAL MOUFFE E A CONJUNTURA ATUAL

A obra de Chantal Mouffe se caracteriza por ser voltada à análise de temas próprios da realidade contemporânea, no contexto dos problemas da política e da noção de democracia e universalismo que permeiam a atualidade. Sua crítica contempla essencialmente a premissa de que a democracia liberal é uma democracia de exclusão, e que os grupos de excluídos, uma vez impossibilitados de manifestar democraticamente seu antagonismo, passam a se identificar com movimentos típicos da extrema direita, que pretensamente em nome do povo, lhes abriga. Em determinada medida, os nacionalismos, os fundamentalismos morais e éticos, e até mesmo o terrorismo, segundo Chantal Mouffe, seriam fenômenos derivados de um antagonismo reprimido, no sentido de que os consensos racionais construídos pela democracia liberal deliberativa, na medida em que ensejam apenas um voto sem voz, não contemplam os clamores advindos de setores sociais distanciados.

Chantal Mouffe se utiliza da expressão *pós-política*, a qual já se mencionou anteriormente, para designar a democracia liberal, referindo-se essencialmente a uma noção de democracia em que se nega o político e os antagonismos, e se prioriza o consenso, sendo que as paixões não ocupam lugar central, e sim superficial. No campo da política internacional, destaca que o fim da ordem mundial bipolar pós Guerra Fria, não trouxe o fim dos antagonismos. Ao contrário, fez eclodir uma multiplicidade de novos antagonismos (Mouffe 2015, 62). A pós-política tornou assim nebulosa a fronteira entre as posições políticas, e concebeu um “consenso ao centro”, calcado essencialmente na noção ainda fortemente arraigada de que simplesmente não haveria qualquer alternativa ao neoliberalismo.

Em recente entrevista ao jornal francês *Le Figaro*, Chantal Mouffe (2017b), afirma que se não há diferenças entre os programas apresentados pelos partidos de centro-direita e os da centro-esquerda, há de fato um voto, mas sem voz, porque não há capacidade de escolha. A política passa a ser substituída pela ética e pela moralidade (Mouffe 2003, 17). Nesse sentido, ao invés de gerir os antagonismos, passa a política a ser a gestão de problemas técnicos,

feita por *experts* (Mouffe 2017a, 20). As decisões não seriam mais uma questão de política, mas sim de administração técnica. É quando entram em cena os políticos tidos como bons administradores, figuras cada vez mais presentes na arena política atual. Ou ainda, as decisões políticas materializam-se através da atuação judicial. O que por si envolve uma das tensões mais candentes na teoria política, em relação a democracia e o protagonismo do Judiciário. Nesse sentido, para Fernanda Bernardo Gonçalves (2011, 151), o deslocamento de decisões relativas a questões políticas do *locus* democrático para o Poder Judiciário, implica no enfraquecimento da democracia, afastando os cidadãos do processo decisório. Eis como Chantal Mouffe (2003, 18) observa:

Com a evidente hegemonia do neoliberalismo, a política foi substituída pela ética e pela moralidade, e o *leitmotiv* é a necessidade do consenso, de valores familiares e de “boas causas”. Em muitos países, isto tem sido acompanhado pelo domínio crescente do setor jurídico. As decisões políticas são encaradas como se fossem de uma natureza técnica e mais bem resolvidas por juízes ou tecnocratas considerados portadores de uma suposta imparcialidade. Hoje devido à falta de uma esfera política democrática, na qual a confrontação agonística poderia acontecer, é o sistema jurídico que é frequentemente visto como responsável por organizar a coexistência humana e por regular as relações sociais. Diante da crescente impossibilidade de enfrentar o problema da sociedade de uma maneira política, é a lei que é acionada para prover soluções para todos os tipos de conflito.

Trata-se, pois, de uma visão que não contempla mais o antagonismo decorrente da diferença entre esquerda e direita, mas sim o duelo entre o certo e o errado, o bom e o mau, enquanto elementos éticos e morais compõem a decisão política. Com efeito, diante da incapacidade de se pensar e se decidir politicamente, os aspectos econômicos, morais ou jurídicos passam a ocupar o protagonismo decisório. Muita ênfase ao consenso e a recusa à confrontação, levam à apatia e ao despreço pela participação política (Mouffe 2014a, 26). O resultado pode ser a explosão do antagonismo, que pode desafiar os próprios fundamentos da civilidade (Mouffe 2005, 21).

Este parece ser um dos *insights* mais importantes que nos traz a obra de Chantal Mouffe. Formas racionais de democracia insistem na ilusão de que há consenso sem exclusão, porque estão distanciadas do reconhecimento de um pluralismo de valores na sociedade. O agonismo pluralista reconhece a natureza hegemônica das identidades e das relações sociais, possibilitando a escolha, dentre alternativas reais (Mouffe 2003, 20). Trata-se de uma escolha concreta, com fronteiras delimitadas, e não diluída entre proposições que não se distinguem enquanto identidades claramente definidas. Nesse contexto, o discurso calcado na negação de polarizações do tipo esquerda/direita, são

característicos da democracia liberal na atualidade. A falta de nitidez entre as fronteiras da tensão entre direita e esquerda, representa para Chantal Mouffe uma das mais claras manifestações da fraqueza da esfera pública política (Mouffe 2003, 20). Trata-se, para a democracia liberal, não mais de uma tensão entre neoliberalismo e globalização de um lado, e bem estar social e tutela estatal de outro. O paradigma incorporado pelo discurso do liberalismo democrático concebe um outro eixo de tensão, entre o certo e o errado, entre o bom e o mau. Convém colacionar trecho do prefácio à segunda edição de *Hegemonia e Estratégia Socialista* (Laclau e Mouffe 2015, 44):

A justificativa usual para o “dogma da inexistência de alternativas” é a globalização e o argumento geralmente ensaiado contra as políticas redistributivas social-democratas é que as rígidas restrições fiscais encontradas pelos governos são a única possibilidade realista num mundo onde os mercados globais impediriam qualquer desvio da ortodoxia neoliberal. Este argumento toma por dado o terreno ideológico que se criou em decorrência dos anos de hegemonia neoliberal, e transforma o que é um estado de coisas conjuntural numa necessidade histórica. Apresentadas como movidas exclusivamente pela revolução da informação, as forças da globalização são divorciadas de suas dimensões políticas, e aparecem como um destino a que todos temos que nos submeter. E assim nos dizem que não há mais políticas econômicas de esquerda ou de direita, só as boas ou as ruins!

Para Mouffe, esta distinção entre esquerda e direita, ao invés de negada, deve ser apenas reformulada, “para que possa conceber também as transformações das identidades coletivas no processo de globalização” (Mouffe 2001, 22). Em entrevista que acompanha o livro *Agonística: pensar el mundo politicamente*, edição argentina de 2014, do título original *Agonistics: thinking the world politically*, Chantal Mouffe (2014b, 129) se detém a abordar a tendência de moralização do político, e a analisar pormenorizadamente a falsa premissa do fim da noção de direita e esquerda, pela sua estigmatização através da oposição entre o bem e o mal. Aduz que ao contrário do que muitos acreditam, a debilidade dos discursos que constroem identidades políticas em termos de esquerda e direita não implica no desaparecimento da necessidade de uma distinção entre o nós/eles. Embora esta distinção se mantenha viva, se encontra cada vez mais atrelada a um vocabulário moral, no sentido de que tal distinção se tornou a oposição entre o bem e o mal, para distinguir um *nós*, bons democratas, de um *eles*, os vis, os malvados. Cita como exemplo o cenário de guerra ao terror, em que o governo estadunidense de George W. Bush opõe um mundo civilizado composto pelo *nós* a outro mundo bárbaro e fundamentalista composto pelo *eles* (Mouffe 2014b, 139).

Ao abordar o contexto da União Europeia, Chantal Mouffe destaca que há um grande desencanto decorrente da ausência de um projeto que

congregue formas de identificação entre os europeus, para oferecer um objetivo em torno do qual se movam as suas paixões políticas a uma direção democrática. Sua crítica parte de uma afirmação eloquente: a União Europeia hoje está composta por consumidores, não por cidadãos. Foi construída em torno de um mercado comum, e não de uma vontade comum europeia, ou de um projeto sociopolítico. (Mouffe 2014a, 71). Defende Mouffe que este projeto sociopolítico para a Europa deveria oferecer uma alternativa ao neoliberalismo imperante, o que a seu ver estaria para além das antigas políticas social-democratas, e que a esquerda parece ainda não ter formulado. Necessariamente se trataria de uma nova visão, que congregasse não apenas elementos da social democracia em torno de direitos sociais, mas agregando ainda questões econômicas, ambientais e políticas. Uma visão que rompesse com o postulado do progresso pelo livre comércio sem regulação (Mouffe 2014a, 72). Nesse sentido, Mouffe afirma categoricamente, na frase final da entrevista que acompanha seu livro *Agonística: pensar el mundo politicamente*, que já é hora de a esquerda deixar de ver a Europa como o cavalo de Tróia do neoliberalismo, e começar a trabalhar na elaboração de um projeto europeu de esquerda (Mouffe 2014b, 144).

É também objeto constante da reflexão de Chantal Mouffe a abordagem sobre a polarização e a nova ordem mundial. Um tema que em seu bojo contém como elemento integrante a questão do universalismo dos direitos humanos enquanto imposição de uma visão ocidental que se auto define como hegemônica, e que assim em nome de um cosmopolitismo, encobre o político e os seus antagonismos próprios. Nesse sentido, o fim da polarização advinda da Guerra Fria, teria tornado possível o implemento de uma visão universal e de um consenso mundial, retomando a temática kantiana de paz perpétua. Chantal Mouffe elabora de modo eloquente a crítica a este modelo liberal universalista ocidental, e que impõe um pretenso consenso universal construído através da negação do antagonismo e da dimensão hegemônica da política (Mouffe 2015, 105). Lembra que o neoliberalismo capitalista pretende que se acredite que, sob a dita benigna liderança dos Estados Unidos da América, com ajuda de organismos internacionais como a ONU e OMC, sejam tomadas as medidas necessárias para unificar o planeta e implementar uma ordem mundial justa (Mouffe 2015, 90). Neste mundo unipolar e no qual não se permite a expressão dos antagonismos, o que se verifica é que estes antagonismos não permanecem domesticados. Extravasam e se situam na origem de movimentos extremistas, não raro capitaneados por partidos políticos que se colocam como polos de divergência direta com o *establishment*, criando assim uma identidade, e por conseguinte, um *nós* em contraponto a um *eles* hegemônico. Mouffe é enfática em afirmar (2015, 85):

Já está mais do que na hora de despertar do sonho de ocidentalização e perceber que, em vez de trazer paz e prosperidade, a universalização forçada do modelo ocidental levará a reações ainda mais sangrentas por parte daqueles cujas culturas e modos de vida estão sendo destruídos por esse processo.

É em essência como Chantal Mouffe se refere aos movimentos da extrema direita, principalmente na Europa. A seu ver, diversamente da pretensão universalista, que nega os antagonismos e as visões de mundo não hegemônicas, há que se levar a sério o pluralismo, ao invés da tentativa ilusória de imposição do universalismo ao mundo inteiro. (Mouffe 2015, 115). Em *O Regresso do Político*, Chantal Mouffe estabelece um modo novo de se pensar o universalismo a partir de uma democracia radical (1996, 27).

A democracia radical exige que conheçamos a diferença – o particular, o múltiplo, o heterogêneo –, tudo o que, na realidade, tenha sido excluído pelo conceito abstrato de homem. O universalismo não é rejeitado, mas particularizado; o que é necessário é um novo tipo de articulação entre o universal e o particular.

O contraponto ao poder hegemônico em um mundo liderado pelos Estados Unidos da América, estaria calcado na distribuição plural do poder, através da consolidação de blocos formados a nível regional, e mais concretamente representativos de suas próprias visões culturais. Chantal Mouffe se refere a uma visão multipolar da ordem mundial, ou uma forma pluralizada de hegemonia. Defende que o mundo seja visto não como um universo, mas sim como um pluriverso, em que o modelo ocidental representa apenas uma forma de vida política dentre outras. Nesse sentido, em robusto contraponto ao eurocentrismo, entende que a união europeia deveria ser concebida como um polo regional neste mundo multipolar, através de um enfoque pluralista e que reconheça a diversidade de formas de vida e de organização (Mouffe 2014a, 75). Rita de Cassia Ferreira Lins e Silva (2016, 290) bem define a ordem multipolar:

Uma multipolaridade requer pensar a existência de diferentes centros de decisões, em contraposição ao intento cosmopolita de um mundo ordenado por unidades internacionais centralizadoras, que supõem a unificação dos valores e do poder. Perspectiva, pois, em que se propõe pensar a articulação entre diferentes subjetividades políticas manifestadas na dimensão do conflito que, para Mouffe, representa a própria natureza ontológica do político.

Segundo Chantal Mouffe, “é importante abandonar o mito de uma sociedade transparente, reconciliada consigo própria, porque este tipo de fantasia conduz ao totalitarismo” (1996, 33). Para ela, a democracia que exclui setores marginalizados cria as condições para o advento de movimentos extremistas,

baseados na perspectiva de desafio e confrontação ao poder hegemônico. Estes movimentos convergem para a intenção de ruptura com a política liberal, a partir de uma auto-identificação enquanto povo, e o estabelecimento de uma fronteira em relação ao *establishment*. Tais movimentos, ditos populistas, podem se revestir de inúmeras formas, não necessariamente incompatíveis com as instituições democráticas (Mouffe 2017a, 20). Especificamente os partidos políticos populistas de direita, que vem se proliferando na Europa, tem sido objeto de reflexões de Chantal Mouffe, para quem a perspectiva democrática de consenso racional liberal está diretamente relacionada. O desatendimento de demandas populares, e a sua recepção por partidos políticos que se autoproclamam representantes do povo, contemplando aspirações que a social democracia não soube compreender, faz Chantal Mouffe dirigir uma contundente crítica aos partidos de esquerda, que ao invés de adentrar a este debate, preferem demonizá-lo, estabelecendo uma fronteira moral para não reconhecer a necessidade de se integrar nesse processo político. Enquanto isso, aumentam os índices de aceitação das diversas correntes partidárias da extrema direita na Europa.

A hoje comum aliança entre partidos políticos em torno de coalizões, nem sempre com patamares mínimos de coerência ideológica, descaracteriza seus ideários políticos, cujas fronteiras no campo das ideias se tornam pouco visíveis. Para Chantal Mouffe, o populismo de direita se estabelece em países onde as diferenças entre os partidos políticos tradicionais se tornaram menos significativas, não sendo possível a opção por escolhas reais entre políticas distintas (Mouffe 2015, 65). Assim, o florescimento do populismo de direita ocorre em cenários onde recrudescer o debate democrático vibrante em torno de políticas definidas e identificadas. O populismo é, portanto, uma maneira de estabelecimento de uma fronteira política, que se origina pela negação do antagonismo.

O exemplo da França, no entender de Chantal Mouffe, é ilustrativo. No pleito eleitoral de 2002, a ascensão do ultra direitista Jean Marie Le Pen ocorre a partir de quando o partido socialista se move para o centro, e Le Pen se declara o único a desafiar o consenso dominante, na medida em que Jacques Chirac e o socialista Lionel Jospin defendiam políticas semelhantes (Mouffe 2015, 67). Ou seja, demonstra-se uma associação clara entre o advento do populismo de direita e a diluição das convicções políticas, expressas nos movimentos de consenso dos partidos, que se distanciam de suas temáticas originais. Ao invés de adentrar ao debate político com a direita populista, os partidos de esquerda criam o que Mouffe denomina de *cordão sanitário*, ou uma recusa a adentrar no cerne do debate político, calcada na condenação moral do discurso oponente (Mouffe 2015, 71), recaindo com isso na desarticulação completa. E para combater o populismo de direita, no entender de Chantal Mouffe, faz-se necessário a oposição de um populismo de esquerda, tal qual a seu ver

tem sido a atuação política do *France Insoumise* e do jovem partido *Podemos*, na Espanha, classificados por ela como partidos populistas de esquerda. Para Mouffe (2017a, 22):

A única maneira de lutar contra os partidos populistas de direita é abordar as questões que foram incluídas na agenda, oferecendo respostas que são capazes de mobilizar os afetos comuns para a igualdade e a justiça social. Este deve ser o objetivo de um movimento populista da esquerda que, confrontando a pós-democracia, visa a recuperação e a radicalização da democracia. (tradução livre)

Uma das críticas ao pensamento de Chantal Mouffe se refere justamente a falta de um modelo acabado, sendo que sua temática é mais calcada na diagnose do que no aprofundamento sobre o advento de mecanismos efetivamente transformadores. Para Daniel de Mendonça, não se trata de um modelo, mas sim de um princípio teórico agonístico (Mendonça 2010, 490), pois embora o argumento mouffeano de desconstrução do modelo deliberativo seja robusto, o mesmo é desprovido de seu papel normativo caracterizador de um modelo composto de regras. A seu ver, a transformação do antagonismo em agonismo deveria implicar também na criação de novas regras e espaços de luta para a substituição do antagonismo, o que o pensamento de Mouffe não propõe transpor (Mendonça 2010, 495). E quando avança nesse sentido, adentra em terrenos ainda não teoricamente sedimentados, o que ainda traz certa resistência a aspectos por ela tratados, como por exemplo sua fundamentação acerca da necessidade de constituição de um populismo de esquerda, através da figura do líder carismático.

Em que pese tal ordem de observações, de fato a obra de Chantal Mouffe não se caracteriza pela completude, em termos de, após a análise sobre os temas da democracia e da política, traçar regramentos ou postulados teóricos que impliquem na superação dos discursos de negação da esfera do político e de inserção dos dominados junto às estruturas do poder. O que não significa desconsiderar o teor de suas oportunas e consolidadas ponderações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O elemento central do pensamento de Chantal Mouffe está na nova e ressignificada dimensão do político, ou sua revalorização (Bordin 2015, 132), para concebê-lo em sua plenitude a partir da noção de uma democracia radical, em que ao invés de excluído, o antagonismo é reconhecido. Este reconhecimento do antagonismo é fundamentado a partir da crítica ao modelo da democracia deliberativa liberal, que ao priorizar o consenso racional, deixa de contemplar todas as visões estabelecidas e arraigadas nos diversos grupamentos sociais, até mesmo porque não sabe sequer como lidar com estes antagonismos.

Não menos relevante é a análise acerca da ordem mundial permeada pelo universalismo ocidental hegemônico, que igualmente nega os antagonismos decorrentes de visões diversas de mundo e das sociedades. O que ao ver de Chantal Mouffe deve ser inserido na possibilidade efetiva de superação da atual ordem mundial por um mundo multipolar. Este é um outro *insight* absolutamente relevante e adequado ao pensamento de pluralização das hegemônias (Mouffe 2014a, 40), tendo por premissa a noção de que não cabe ao ocidente determinar as formas de democracia a serem seguidas no mundo.

Em um momento político no qual o discurso acerca do fim da história (Mouffe 1996, 11), o fim das ideologias e da tensão entre esquerda e direita, são cada vez mais apregoados e integrantes do paradigma hegemônico, Chantal Mouffe traz substratos teóricos que expressam uma análise conjuntural profunda e fundamental. Esta ressignificação do político recupera o dualismo entre esquerda e direita, que segundo Mouffe, traz a possibilidade de escolha entre alternativas reais (2003, 20). O voto assim deixa de ser, em sua feliz expressão, um voto sem voz. Com efeito, quando a política e a dimensão do político passam a ser pautadas por decisões meramente técnicas, que fogem das tensões próprias da cena política, e negam a distinção de esquerda e direita, não raro se está diante de uma política dominada por aspectos econômicos, ou aspectos jurídicos, onde também o poder econômico e o capitalismo globalizado exerce sua dominação. A obra de Chantal Mouffe desnuda esta realidade, e denuncia uma despolitização que em si implica em uma dominação hegemônica do grande capital.

A dimensão agonista traz em si outro elemento da mais absoluta importância, no que se refere a transformação de um antagonismo em agonismo, não mais como um conflito entre inimigos, mas sim entre adversários. A diferenciação não é apenas semântica, mas contempla enorme significado, principalmente a partir da construção e do reconhecimento das identidades formadoras dos antagonismos, a serem tidas na perspectiva da alteridade. É uma percepção calcada na premissa de que sem alteridade, nenhuma identidade se pode afirmar (Mouffe 2003, 19). Uma perspectiva sem dúvida mais civilizada para o manejo do debate político, e um diferencial absolutamente adequado a um mundo ainda, em pleno Século XXI, permeado por conflitos das mais diversas matrizes, e que ainda expõe a face nefasta da ameaça à paz mundial.

É de se reconhecer ainda que há na obra de Chantal Mouffe um claro intento de exortar não apenas a esquerda, mas todas as posições políticas existentes, a convergir para uma construção de atuação política pluralista, radical e agonística, na perspectiva da plena participação política. Desde sua obra clássica com Ernesto Laclau, Chantal Mouffe defende que a disputa pela hegemonia decorrente da luta de classes está para além da classe trabalhadora, reconhecendo o espectro de luta política dos novos movimentos sociais. Nesse sentido, destaca-se a importância de sua obra no sentido de reconhecer e

legitimar, não apenas no âmbito privado, mas no âmbito público, tais demandas politicamente. Ou seja, a partir de sua concepção pós-marxista, Mouffe contempla a legitimidade da inserção dos antagonismos decorrentes das demandas étnicas, de gênero ou ambientais, entre outras, combatendo portanto a ainda pouca relevância que o poder hegemônico presta a tais demandas, no sentido de historicamente encobrir seus antagonismos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ana Rodrigues Cavalcanti. 2010. "O conceito de hegemonia: de Gramsci a Laclau e Mouffe". *Revista Lua Nova*. São Paulo, vol. 80: 71-96.
- ANGELI, José Mario. 2011. "Gramsci, hegemonia e cultura: relações entre sociedade civil e política". *Revista Espaço Acadêmico*. n. 122 (jul.): 123-132.
- BORDIN, João Gabriel de Oliveira. 2015. "Contra o consenso: o político em Chantal Mouffe e os desafios na construção de uma nova hegemonia democrática radical." *Revista Em tese*, Florianópolis, v. 12, n. 1 (jan./jul.): 123-154.
- GONÇALVES, Fernanda Bernardo. 2011. "Uma análise da tensão entre a jurisdicionalização das demandas políticas e o princípio democrático à luz da Teoria da Democracia Radical de Chantal Mouffe: entre a cruz e a espada." Dissertação de Mestrado. UFPR. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25767/Fernanda%20Bernardo%20Goncalves%20-%20Dissertacao.pdf?sequence=1>. Acessado em 01/08/2017.
- GRAMSCI, Antonio. 2001. *Cadernos do cárcere. Volume 2. Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo*. Ed. e trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- _____. 2007. *Cadernos do cárcere. Volume 3. Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política*. Ed e trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª ed, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- GRUPPI, Luciano. 1978. *O conceito de hegemonia em Gramsci*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Graal.
- KOZICKI, Katya. 2015. Prefácio in: MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo, ed. WMF Martins Fontes.
- LINS E SILVA, Rita de Cassia Ferreira. 2016. "Os direitos humanos e o mundo multipolar: entre o universalismo e o pluralismo." *Griot Revista de Filosofia*. Amargosa, Bahia Brasil, vol. 14, nº 2 (dez.): 288-299.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. 2015. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. Trad. Joanildo A Burity. São Paulo, Intermeios. Brasília, CNPQ.
- MENDONÇA, Daniel de. 2010. "Teorizando o agonismo: crítica a um modelo incompleto." *Revista Sociedade e Estado*, vol. 25 (set/dez): 479-497.
- MOUFFE, Chantal. 1996. *O regresso do político*. Lisboa, Gradiva.
- _____. 2001. "Globalização e cidadania democrática". Trad. Katya Kozicki. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36: 17-25.
- _____. 2003. "Democracia, cidadania e a questão do pluralismo". Trad. Kelly Prudêncio. *Revista Política & Sociedade*, n. 3 (out.): 11-26.
- _____. 2005. "Por um modelo agonístico de democracia". Trad. Pablo Sanches Ghetti. Verif. Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política* n. 25 (nov.): 11-23.
- _____. 2014a. *Agonística: pensar el mundo politicamente*. 1ª ed. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, ed. Fondo de Cultura Económica.
- _____. 2014b. Entrevista com Chantal Mouffe. In: *Agonística: pensar el mundo politicamente*. 1ª ed. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, ed. Fondo de Cultura Económica. Entrevista concedida a Elke Wagner em Londres, 2007.
- _____. 2015. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo, ed. WMF Martins Fontes.

_____. 2017a. “Herderos de la globalización neoliberal”. *Neofascismo: de Trump a la extrema derecha europea*. Pedro Briger (org.). 1ª ed. compendiada. Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Capital Intelectual, p. 19-22.

_____. 2017b. Chantal Mouffe, la philosophe qui inspire Mélenchon, se livre en exclusivité. *Le Figaro*, 11/04/2017. *Vox politique*. Interview donnée à Alexandre Devecchio. Disponível em: <http://www.lefigaro.fr/vox/politique/2017/04/11/31001-20170411ARTFIG00090-entretien-exclusif-avec-chantal-mouffe-la-philosophe-qui-inspire-melenchon.php> . Acessado em 26/07/2017.

RODRIGUES, Cândido Moreira. 2005. “Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: um intelectual nazista”. *Saeculum Revista de História*. UFPB João Pessoa, n. 12 (jan/jul): 76-94.

SCHMITT, Carl. 1992. *O conceito do político*. Trad. Alvaro L. M. Valls. Petrópolis, Vozes.

CAPÍTULO 2

DA DEMOCRACIA POLÍTICA À DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: PROPOSTA DE UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO E DE NOVOS MODELOS DE DEMOCRACIA.

Luís Fernando Sgarbossa

RESUMO: A temática da democracia é complexa e central para diversos campos do conhecimento. A despeito de ter sido amplamente estudada, ainda oferece questões formidáveis a serem enfrentadas. Uma delas consiste na possibilidade de uma democracia substancial, especialmente no sentido de uma democracia econômica e social. Neste campo, alguns autores têm admitido a inclusão de dimensões substantivas no conceito de democracia, o que torna necessário tentar elaborar novos modelos explicativos e uma nova classificação da democracia. O presente artigo explora tal temática e, a partir de uma análise combinada de indicadores do grau de democratização política (DI) e do grau de desenvolvimento humano (IDH), busca elaborar uma primeira formulação dos possíveis modelos e de um quadro classificatório geral. Além disso, busca aplicar tais modelos a diversas democracias contemporâneas. A pesquisa é básica quanto à natureza, exploratória quanto aos objetivos, qualitativa e quantitativa quanto à abordagem, bibliográfica e de levantamento quanto aos procedimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia substantiva. Democracia econômica e social. Desenvolvimento humano. Modelos. Classificação.

ABSTRACT: *Democracy is complex and central subject to several fields of knowledge. Despite being extensively studied, it still poses formidable issues to be faced. One of them is the possibility of a substantial democracy, especially in the sense of an economic and social democracy. In this field, some authors have admitted the inclusion of substantive dimensions in the concept of democracy, which makes it necessary to try to elaborate new explanatory models and a new classification of democracy. The present article explores this theme and, based on a combined analysis of indicators of the degree of political democratization (DI) and the level of human development (HDI), seeks to elaborate a first formulation of possible models and a general classification framework. In addition, it seeks to apply such models to various contemporary democracies. The research is basic, exploratory, qualitative and quantitative, and bibliographical.*

KEY-WORDS: *Substantive democracy. Economic and social democracy. Human development. Models. Classification.*

INTRODUÇÃO

A democracia moderna surge, em sua compleição atual, na Idade Contemporânea, após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, com feições tipicamente políticas, embora continue se desenvolvendo e sofrendo diversas transformações ao longo dos séculos seguintes, tornando-se mais complexa.

Por força de diversos fenômenos, tais como o advento das sucessivas gerações ou dimensões de direitos fundamentais ou humanos, vários autores passaram a

cogitar a possibilidade de se falar em um conceito de democracia substantiva, no sentido de uma democracia econômica e social (Bobbio 2007, 329).¹

A controvertida ideia de se agregar uma dimensão econômica e social à democracia política a torna ainda mais complexa. Tal concepção parece ser capaz, no entanto, de evidenciar possíveis avanços a partir da análise das democracias históricas não apenas do ponto de vista político, mas também do ponto de vista do desenvolvimento humano, aqui compreendido especialmente nas dimensões econômicas e sociais.

O presente artigo explora a temática da democracia substantiva a partir de uma tentativa de conjugação de indicadores de mensuração da democracia política, de um lado, e de indicadores de mensuração do desenvolvimento humano, de outro lado, como meio de aferir a democratização econômica e social de que trata.

Com tal intuito, o estudo busca associar os níveis de democratização e modelos correlatos – democracias plenas e imperfeitas – com os níveis de desenvolvimento humano – muito-alto, alto, médio e baixo² – e, a partir disso, criar diversos modelos ou tipos-ideais de democracia capazes de fornecer uma melhor compreensão da democracia multidimensional proposta por importantes autores contemporâneos, como Ferrajoli, por exemplo (Ferrajoli 2004, 20; Ferrajoli 2013, 379).

Após a formalização de uma primeira proposta dos modelos ou tipos-ideais referidos, o artigo faz uma aplicação da classificação proposta a diversos países, a partir do cruzamento de dados atuais extraídos dos indicadores de mensuração da democracia e do desenvolvimento humano.

1. DO CONCEITO POLÍTICO-FORMAL AO CONCEITO SUBSTANTIVO DE DEMOCRACIA

A democracia moderna (i.e., contemporânea) concebe-se como a proposta de promover a liberdade e a igualdade política dos homens – a par da igualdade jurídica consubstanciada na ordem civil –, mas não a igualdade material – e, portanto, traduz-se em uma noção associada à igualdade formal (Ferrajoli 2016, 225). À ideia segundo a qual todos são iguais perante a lei (igualdade jurídica) corresponde, no âmbito político, a noção segundo a qual todo cidadão

¹ A rigor já os filósofos dos séculos XVIII e XIX expressaram preocupação para com as pré-condições econômicas e sociais para o funcionamento da democracia, mas tais preocupações parecem ter sido progressivamente eclipsadas pela concepção puramente política e procedimental de democracia.

² Segundo a terminologia adotada pelo *Democracy Index* e pelo Índice de Desenvolvimento Humano – IDH do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, respectivamente. Como o presente estudo circunscreve-se às democracias, as categorias de regimes mistos e autocráticos do *Democracy Index* são deixadas de lado, por não constituírem sequer democracias políticas.

deve ter igual direito ao voto que, entre outras coisas, deve ser isonômico (*one man, one vote*).³

De todo modo, tal igualdade, assim como a jurídica, revela-se meramente formal: do mesmo modo que qualquer cidadão goza de personalidade e de capacidade jurídica e, portanto, é reconhecido como titular dos mesmos direitos e deveres na ordem jurídica, independentemente de sua efetiva condição socioeconômica, do ponto de vista político todo eleitor passa a ser concebido como politicamente igual, como sendo dotado dos mesmos direitos e deveres políticos, independentemente de sua condição socioeconômica e da possibilidade efetiva de gozo e exercício livre daqueles direitos.

A ideia de igualdade jurídica, constitutiva da ordem civil, e a ideia de igualdade política, constitutiva da democracia, têm em comum o fato de serem puramente formais, portanto, não possuindo originalmente qualquer relação com igualdade material, econômica ou social. Na teoria política, assim como na teoria jurídica, o conceito de democracia perfilhado pelos mais variados autores é eminentemente formal: consiste na capacidade de os governados interferirem, de algum modo, na esfera política ou na atividade governamental, o que comumente se dá por mecanismos institucionais, e, principalmente, por meio de votações e de eleições (Kelsen 2000; Ferrajoli 2013, 9-13).⁴

A despeito da ênfase inicial em elementos político-eleitorais mais estritos, a compreensão da democracia vai se tornando paulatinamente mais complexa, na medida em que se torna cada vez mais perceptível a existência de uma série de elementos diversos das eleições e votações que passam a ser considerados como essenciais para a existência de qualquer regime político que se pretenda democrático.

Tais elementos são variados, mas todos têm repercussão na possibilidade dos governados influenciarem o governo – ideia-chave da noção moderna de democracia –, traduzindo-se, notadamente, em um conjunto de liberdades, tais como as de associação, sindicalização, organização de partidos políticos, expressão, imprensa, manifestação e protesto, entre outras (Dahl 2012, 26-27).

Desde então é bastante difundida a visão que concebe a democracia como democracia liberal (Bobbio 2007, 323-325), e que parte, portanto, de uma concepção que não dissocia democracia de um conteúdo material mínimo, consistente no estabelecimento e na garantia de certos direitos de liberdade, e

³ evidente que a democracia política moderna não se consubstancia de tal forma desde suas origens. Elementos como o voto plural ou múltiplo e o sufrágio restrito impedem que a democracia repouse desde logo na ideia de igualdade política. No entanto, ao longo de seu desenvolvimento, os princípios da isonomia e do sufrágio universal passam a se impor.

⁴ Assim, por exemplo, a clássica definição de democracia de Schumpeter, considerando-a “o arranjo institucional para se obter decisões políticas nas quais os indivíduos adquirem o poder por meio de uma disputa competitiva pelo voto popular.” (Schumpeter 1976, 269). Tradução livre do autor.

que não permite mais a redução da democracia a uma concepção puramente procedimentalista e muito menos apenas majoritária (Ferrajoli 2004, 23-25).⁵ Com isso, o conceito de democracia começa a se tornar mais complexo e, ainda que isso possa ter passado despercebido em um primeiro momento, passa a incorporar componentes materiais mínimos, deixando desde então de ser puramente formal (Ferrajoli 2016, 230-237).

Há que se notar, de qualquer modo, que a despeito da ênfase da teoria democrática ter recaído, em geral, nos aspectos formais e institucionais mencionados (sobretudo eleitorais), a própria noção de democracia parece ter relação bastante íntima com uma ideia de justiça distributiva, aspecto este que a aproxima de temas como a justiça social e que evidencia, ao mesmo tempo, um conteúdo material importante da ideia de democracia. Parece plausível compreender que a ideia de democracia vincula-se necessariamente com a noção de distribuição do poder político na sociedade, ostentando, neste sentido, caráter claramente distributivo.⁶

Isso fica patente, por exemplo, quando certos autores adotam expressões que enfatizam a ideia de distribuição social de poder político para designar a democracia, seja como fenômeno empírico, seja como modelo ou tipo-ideal. É o caso de Robert Dahl, quando utiliza a expressão poliarquia para designar as democracias históricas e concretas (Dahl 2012, 31). O mesmo vale para outras expressões, como, por exemplo, para o binômio policracia-monocracia.⁷

Outro ponto de vista, consentâneo com as ideias centrais da historicidade da democracia e dos direitos humanos fundamentais, é a de que o advento de sucessivas gerações ou dimensões de direitos (sejam eles humanos ou fundamentais, pois para os fins do presente estudo é pouco relevante a distinção) teria promovido um alargamento e a conseqüente ressignificação dos clássicos direitos individuais (civis e políticos).

⁵ É evidente que existem variadas concepções de democracia. Fala-se, por exemplo, em pelo menos seis concepções de democracia, como a concepção eleitoral, liberal, majoritária, participativa, deliberativa e igualitária (Coopedge *et al.* 2011, 253-254). Não é possível explorar sequer minimamente tal temática, bastando observar a preponderância das concepções que enfatizam elementos políticos e formais. A concepção de democracia ora explorada está mais próxima da concepção denominada de igualitária pelos autores.

⁶ Não por acaso é recorrente a analogia entre conceitos da Política e da Economia, a saber, ditadura (em sentido moderno) e monopólio, de um lado, e democracia e concorrência, de outro. A analogia é passível de diversos questionamentos, frise-se, e a associação entre democracia e livre-mercado ou capitalismo é controvertida.

⁷ Há equívocidade em tais termos e expressões, além de uma distinção se fazer necessária. Para alguns, poliarquia designaria sistemas políticos caracterizados por vários centros rivais de poder, capazes inclusive de entrar em conflito (como, por exemplo, a ambiência política feudal na Baixa Idade Média europeia), e policracia um sistema de distribuição do poder entre diferentes órgãos, nos moldes cogitados pelo pensamento de autores como Locke ou Montesquieu. (García Jurado 2009, 187). Não se pode confundir a utilização do termo policracia com o sentido específico com que tal expressão é utilizada por Carl Schmitt (Schmitt 2007, 105-107 e 133-137), por exemplo.

Desse ponto de vista, se poderia plausivelmente sustentar, a partir da noção de cumulatividade das diversas gerações ou dimensões de direitos, que a democracia política (calcada nos direitos políticos) sofreu o influxo dos direitos econômicos, sociais e culturais, mais recentes, entre outros, dando lugar a novas dimensões materiais da democracia que extrapolam aquele significado mínimo inerente à democracia liberal, já mencionado.⁸

Não por acaso há autores que sustentam uma nova compreensão da democracia, propondo a superação da concepção puramente formal, por meio da incorporação de novas dimensões materiais ou substantivas àquela. É o caso de Luigi Ferrajoli, por exemplo, que defende a substituição da concepção puramente formal de democracia, que considera insustentável na atualidade, por uma concepção multidimensional de democracia (Ferrajoli 2013, 9-258; Ferrajoli 2016, 230-237). A partir de uma crítica bastante ácida às concepções kelsenianas de democracia (e de direito), puramente formais e dinâmicas, Ferrajoli defende que a democracia contemporânea, complexa como é, deva ser compreendida a partir de seus diversos e heterogêneos elementos componentes.

O autor italiano reconhece como elemento integrante da democracia contemporânea uma dimensão dinâmica, já contemplada pela teoria ortodoxa, baseada nos direitos civis e nos direitos políticos. Tal aspecto corresponde à concepção kelseniana segundo a qual a democracia reduz-se essencialmente à capacidade de produzir normas jurídicas, sejam elas individuais (o que se faz principalmente por meio do exercício dos direitos civis, no bojo da autonomia privada), sejam gerais (o que se faz a partir dos direitos políticos), traduzindo-se na concepção de democracia radicada na ideia de autonomia (Ferrajoli 2016, 211-226).

Longe de negar a existência de tal dimensão, o que seria evidente absurdo, Ferrajoli defende a incompletude de tal concepção na atualidade, sustentando que noções reducionistas desconsideram a dimensão estática inerente a qualquer concepção de democracia na contemporaneidade. O autor vislumbra, ao lado da dimensão dinâmica da democracia e complementarmente a ela, uma dimensão estática, baseada nos direitos de liberdade e nos direitos sociais, erigida como elemento intrínseco e inafastável das democracias constitucionais contemporâneas, sem o qual qualquer concepção teórica da democracia seria falha, por incompleta (Ferrajoli 2016, 230-237).

Com efeito, para o autor italiano teorias da democracia como a kelseniana seriam adequadas para a compreensão do Estado legislativo de direito, típico do século XIX, mas não para o Estado constitucional de direito, especialmente no modelo predominante após a segunda metade do século XX.

⁸ Nasceriam, assim, aspectos novos nos direitos clássicos, civis e políticos, já se podendo falar não mais apenas em uma democracia política, mas também econômica, social e cultural, por exemplo.

Com efeito, afirma Ferrajoli que a adoção de sistemas jurídicos multinível, com divisão da ordem jurídica em dois conjuntos de normas – normas constitucionais e normas infraconstitucionais –, por meio de constituições rígidas guarnecidas de sofisticados meios de controle de constitucionalidade, associadas à constitucionalização de direitos de liberdade e de direitos prestacionais, notadamente sociais e econômicos, teria introduzido uma indistigável dimensão estática na democracia e ampliou seus conteúdos materiais (Ferrajoli 2016, 238-247).

Como ensina o autor em mais de um escrito, os direitos fundamentais constituiriam disposições limitadoras da deliberação majoritária, ao estabelecer aquilo que não pode ser decidido (“esfera do indecidível”, decorrente dos direitos de liberdade) e aquilo que não pode deixar de ser decidido (esfera do “não decidível que não”, nas palavras do autor, decorrente dos direitos prestacionais) (Ferrajoli 2004, 23-24). A partir de tal ponto de vista, a introdução da referida dimensão estática na democracia, consistente em constrangimentos às margens de conformação da deliberação majoritária, não pode ser desconsiderada por qualquer teoria contemporânea da democracia.

Assim, Ferrajoli sustenta a necessidade de se levar em consideração tanto a dimensão dinâmica quanto a estática da democracia, decorrente dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, sustentando aquilo que denomina modelo quadridimensional de democracia – porque baseada no quadrimônio direitos civis, direitos políticos, direitos de liberdade e direitos sociais (Ferrajoli 2016, 232) e, conseqüentemente, uma concepção substantiva ou material de democracia, que abrange os direitos de igualdade.

Tal concepção reforça uma das ideias centrais do presente estudo, consistente na existência de um liame entre democracia política e desenvolvimento humano, uma vez que este pode denotar o grau de democratização econômica de uma sociedade. A hipótese adotada é a de que não se pode mais falar em democracia, na contemporaneidade, levando em conta apenas aspectos formais e procedimentais, ou conteúdos materiais meramente políticos (direitos de liberdade), mas que se deve levar em consideração, conjuntamente ao nível de democratização política, o nível de desenvolvimento humano, para se qualificar e classificar os sistemas democráticos contemporâneos.⁹

Estabelecidas tais premissas, há que se examinar no tópico sucessivo algumas das diversas modelizações e classificações dos sistemas democráticos

⁹ Tal concepção, aliás, não ostenta nada de absurdo, parecendo constituir mesmo uma decorrência do desenvolvimento da ideia de social-democracia ao longo do século XX. Aliás, vários estudos, mais ou menos recentes, evidenciam relações entre sistema econômico e sistema democrático, evidenciando, por exemplo, a complementaridade entre estabilidade econômica e estabilidade democrática. Veja-se (Przeworski 2014, 27-54). Eckstein, por exemplo, reconhece a necessidade de certo grau de congruência entre democracia política e democracia social para a manutenção e o equilíbrio da primeira. (Eckstein, 1992).

propostas tanto por autores quanto por instituições, para, após, tentar proporcionar um avanço teórico à questão examinada pelo presente trabalho.

2. MODELOS DE DEMOCRACIA E CLASSIFICAÇÕES DOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

Naturalmente foram inúmeros os conceitos ou definições de democracia elaborados e sustentados por diversos teóricos que se debruçaram sobre problemas políticos da contemporaneidade em geral e, especificamente, sobre a temática da democracia moderna. Ademais o problema da conceituação ou definição da democracia é formidável, inclusive por força da emotividade que envolve o conceito. Diversos modelos ou tipos-ideais foram igualmente cunhados, dotados de maior ou menor poder explicativo.

Naturalmente diferentes definições ou conceitos tendem a ressaltar determinados aspectos em detrimento de outros, de acordo com as inclinações dos diferentes autores (ao idealismo ou realismo, por exemplo), e não é possível aqui pretender elaborar aqui, nem mesmo sumariamente, um apanhado abrangente de tais concepções, embora seja possível e necessário destacar algumas concepções. Do mesmo modo, as conceituações e os modelos teóricos são comumente inseridos em quadros classificatórios mais amplos de “formas de governo” ou regimes políticos, alguns igualmente mais bem sucedidos do que outros.

Robert Dahl, por exemplo, é o autor da famosa e influente teoria da *poliarquia*. Seu conceito de democracia concreta (que denomina *poliarquia*)¹⁰ parte de duas dimensões básicas, como é sabido (inclusividade e liberalização) e deságua em uma classificação que identifica quatro modelos de regime político (hegemonias fechadas, oligarquias competitivas, hegemonias inclusivas e poliarquias), reconhecendo a possibilidade de diversos tipos intermediários (como as quase-poliarquias) (Dahl 2012, 30).

Como é sabido, no pensamento do politólogo, as hegemonias fechadas são regimes políticos marcados por baixo grau de liberalização e de inclusividade; as oligarquias competitivas por baixo grau de inclusividade e um grau maior de liberalização. As hegemonias inclusivas, por sua vez, constituem regimes caracterizados pelo baixo grau de liberalização e por um maior grau de inclusividade, ao passo que as poliarquias (i.e., as democracias) teriam graus razoavelmente elevados de inclusividade e de liberalização ou competitividade, essencialmente.¹¹ Tal quadro teórico trouxe grandes contribuições à Teoria da

¹⁰ O *Oxford Concise Dictionary of Politics* define poliarquia como o “governo de muitos”, atribuindo sua reabilitação no pensamento político contemporâneo a Dahl, pois o termo possui antecedentes históricos.

¹¹ Diz-se essencialmente porque a teoria dahlsiana é um pouco mais complexa do que isso, conforme se desprende do pensamento do autor, segundo o qual “uma característica-chave da democracia é a contínua

Democracia e ao estudo do fenômeno do processo da democratização, tendo o mérito, ainda, de evidenciar que o fenômeno da democratização é passível de realização em diferentes graus (Dahl 2012, 31).

Arendt Lijphart, por sua vez, é o autor de um quadro teórico formulado a partir de duas dimensões (a saber, dimensão “executivo-partidos” e dimensão “federal-unitária”) e de dez categorias que distingue, dentro do marco das democracias, dois modelos básicos contrapostos, a saber, a democracia consorciativa e a democracia majoritária (Lijphart 2008, 19).

Na teoria de Lijphart, a dimensão “executivo-partidos” compreende cinco aspectos e a dimensão “federal-unitária” outros cinco aspectos. Para o autor a primeira dimensão a democracia majoritária e a democracia consorciativa (ou consensual) caracterizar-se-iam, respectivamente, pela concentração da função executiva em gabinetes monopartidários de maioria ou sua distribuição entre amplas coalizões pluripartidárias; pela predominância do executivo ou pelo equilíbrio entre este e o legislativo; por sistemas bipartidários ou multipartidários; por sistemas eleitorais majoritários e proporcionais (sempre respectivamente) e, finalmente, por grupos de interesse pluralistas e em livre concorrência e por sistemas coordenados de tipo corporativista (Lijphart 2008, 19).

Na segunda dimensão (federal-unitária), as democracias majoritárias ou consensuais teriam como traços opostos caracterizadores, respectivamente, governo unitário e centralizado e governo federal descentralizado; concentração unicameral do poder legislativo e distribuição deste entre duas casas isonômicas e de composição distinta; constituições flexíveis e rígidas; decisão definitiva sobre a constitucionalidade na competência das legislaturas ou do judiciário e, por fim, bancos centrais dependentes do executivo ou dele independentes (sempre respectivamente).¹² Diversos são, portanto, os aspectos relevantes evidenciados por diferentes autores e diversas as modelizações de democracia decorrentes, sendo que a maioria delas revela-se essencial para compreender aspectos distintos dos fenômenos relativos à democracia.

Além das modelizações e classificações propostas por diversos teóricos, há que se registrar os esforços de diversas instituições, governamentais ou não, no sentido de classificar os regimes políticos concretamente existentes em democráticos ou não-democráticos a partir de dados empíricos, mensurando seu grau de democratização e ranqueando-os de acordo com índices de democratização, em relatórios periódicos.

responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais.” (Dahl 2012, 25).

¹² Os correspondentes paradigmáticos das concepções de Lijphart são a democracia britânica, neozelandesa e de Barbados (variante majoritária, também denominada pelo autor de modelo de Westminster) e as democracias belga e suíça (variante consorciativa). (Dahl 2008, 28-47 e 51-65).

Assim, por exemplo, o *Democracy Index*, elaborado pela Unidade de Inteligência da revista britânica *The Economist*, classifica os regimes políticos concretamente existentes de acordo com seus diferentes graus de democratização, como se examinará mais aprofundadamente no próximo tópico.

As funções heurísticas, analíticas e teóricas de tais esforços de modelização e de classificação são evidentes por si mesmas e os avanços experimentados na compreensão do complexo fenômeno da democracia a partir dos mesmos são notórios.

De todo modo, como se pode perceber sem grande dificuldade a partir do exame das variáveis levadas em consideração por diferentes autores ou instituições na criação de seus modelos e dos quadros classificatórios correspondentes continuam sendo essencialmente os elementos tipicamente políticos – tais como inclusividade, liberalização/competitividade, instituições estatais, sistemas eleitorais e partidários, liberdades civis e participação política¹³ – sem se levar em consideração outros elementos, como o desenvolvimento humano ou o grau de desigualdade sócio-econômica – o que é compreensível, considerando-se a visão preponderantemente política da democracia na atualidade.¹⁴

É evidente que conceitos ou modelos tendem a assumir apenas os traços essenciais dos fenômenos que pretendem descrever, deixando de lado uma miríade de aspectos considerados secundários por seus formuladores. A tendência, portanto, é que se cinjam aos aspectos essenciais, para ostentarem a maior abrangência possível, e evidentemente qualquer acréscimo de novos aspectos nos conceitos ou tipos-ideais irá reduzir sua abrangência.

De todo modo, considerando-se a importância das modelizações e da formulação de tais quadros gerais para a compreensão do fenômeno da democracia e para a análise de diferentes regimes concretos no que diz respeito a seu grau de democratização, e considerando-se a possibilidade de se assumir um conceito substantivo de democracia no sentido aqui examinado, cabe investigar a possibilidade de se elaborar novas propostas de modelos de democracia que levem em consideração o desenvolvimento humano para além da democracia política, o que se passa a fazer no próximo item.

¹³ Para mensurar a democratização, Bühlmann, Merkel, and Wessels, por exemplo, propõem uma análise da democracia a partir de três princípios (liberdade, controle e igualdade), traduzidos em diversas funções (liberdades individuais, Estado de direito, esfera pública, concorrência, controles recíprocos, capacidade governamental, participação e representação (Bühlmann, Merkel, and Wessels 2012, 522-526).

¹⁴ Uma exceção importante parece ser o *Varieties of Democracy Project* – V-Dem, que busca mensurar a democracia a partir de cinco componentes essenciais, a saber, componente eleitoral, liberal, participativo, deliberativo e *igualitário*. O último componente traduz a preocupação com elementos tais como a desigualdade material e imaterial, que afetam o exercício de direitos e liberdades formalmente reconhecidos, enfatizando a importância de uma melhor distribuição de recursos, educação e saúde entre diferentes grupos sociais como necessária para o incremento da igualdade política. (Lindberg, 2014, 160-161).

3. PROPOSTA DE UM QUADRO CLASSIFICATÓRIO DE MODELOS DE DEMOCRACIA SUBSTANTIVA

Após o resgate da ideia de democracia substantiva ou econômica e social, o presente tópico tem por objetivo elaborar uma proposta de quadro classificatório de modelos de democracia substantiva, a partir da análise combinada de dados oriundos de índices de democratização e de desenvolvimento humano.¹⁵

Elegeram-se para tanto o *Democracy Index* da revista *The Economist*, de um lado, e, de outro, o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, ambos indicadores amplamente utilizados e reconhecidos para mensurar o a democratização e desenvolvimento humano, respectivamente.¹⁶

O *Democracy Index* - DI avalia os diversos regimes políticos por meio de metodologia própria, classificando-os em *democracias plenas*, *democracias imperfeitas*, *regimes híbridos* e *regimes autoritários* (*The Economist* 2016).¹⁷ As variáveis levadas em consideração para proceder à classificação e ao subsequente ranqueamento dos diversos sistemas políticos contemporâneos pelo indicador são cinco, a saber: a) processo eleitoral e pluralismo; b) funcionamento do governo; c) participação política; d) cultura política e e) liberdades civis (*The Economist* 2016). A cada uma dessas variáveis é atribuída uma pontuação que vai de zero a dez, e o escore geral de cada país é decorrente da média aritmética simples de suas pontuações em cada uma das cinco dimensões referidas.

De acordo com o relatório do *Democracy Index* de 2016, entre 167 países analisados, 19 (11,4%) foram considerados democracias plenas (*full democracies*), 57 (34,1%) democracias imperfeitas (*flawed democracies*), 40 (24,0%) regimes híbridos (*hybrid regimes*) e, finalmente, 51 (30,5%) regimes autoritários (*authoritarian regimes*).¹⁸

¹⁵ Os modelos e a classificação propostos são novos. Inspiram-se e baseiam-se em conceitos oriundos de outros indicadores, tais como as categorias das democracias plenas e imperfeitas do *Democracy Index*, mas não se reduzem nem se confundem com nenhum deles. As fontes para a modelização e o quadro geral propostos são os relatórios do DI e do IDH/PNUD, indicados nas referências ao final.

¹⁶ Evidentemente aqui se busca inferir o grau de democratização econômica ou social por meio do grau de desenvolvimento humano aferido pelo IDH. Obviamente outras metodologias podem ser experimentadas, incluindo-se indicadores de desigualdade, tais como a Curva de Lorenz ou o coeficiente de Gini, como modo plausível de aprimorar os resultados iniciais da pesquisa. Os indicadores de democratização política e desenvolvimento humano aqui inicialmente utilizados não excluem a possibilidade futura de aprimoramento dos modelos a partir de sua combinação de outros elementos.

¹⁷ Uma discussão sobre diversos ensaios de conceptualização e diversos índices de mensuração da democracia, remete-se a (Munck e Verkuilen 2002).

¹⁸ Considerando que os dados do *Democracy Index* abrange virtualmente a população mundial (excluem-se apenas a dos microestados), pode-se afirmar que de acordo com o relatório de 2016 apenas 4,5% da população viveria em regimes plenamente democráticos, vivendo os outros 95,5% sob outros regimes. 49% da população mundial viveria sob regimes total ou parcialmente democratizados (democracias

Considerando-se que a classificação aqui proposta preocupa-se apenas com sistemas que possam ser considerados democráticos do ponto de vista político, utilizar-se-ão apenas as categorias das democracias plenas e das democracias imperfeitas adotadas pelo referido indicador, deixando-se de lado os regimes híbridos e autoritários. Quanto ao IDH, utilizar-se-ão todas as categorias adotadas pelo referido indicador, a saber, países com desenvolvimento humano considerado *muito-alto, alto, médio e baixo*.¹⁹

A partir da combinação dos conceitos correlatos aos níveis de democratização e de desenvolvimento humano, elaboraram-se inicialmente quatro modelos primários, a saber: a) *democracias políticas puramente formais*; b) *democracias mistas ou substantivo-formais*; c) *quase-democracias substantivas* e, por fim, d) *democracias substantivas*.

De modo geral, aos modelos das *democracias políticas puramente formais* e das *democracias mistas* ou substantivo-formais corresponde a característica geral da preponderância da democratização meramente política, com menor grau de democracia socioeconômica (menores níveis de desenvolvimento humano). Aos modelos das *quase-democracias substantivas* e das *democracias substantivas*, corresponde a característica da associação de níveis razoavelmente elevados de democracia política e de desenvolvimento humano, como se verá.²⁰

A partir do mesmo processo de análise conjugada dos níveis de democratização com os níveis de desenvolvimento humano, obtêm-se, ainda, sete modelos secundários ou subtipos, consistentes em derivações ou subdivisões dos quatro modelos primários já referidos. O modelo primário da *democracia puramente formal* subdivide-se, assim, nos modelos secundários da *democracia imperfeita puramente formal* e da *democracia plena puramente formal*. O modelo primário da *democracia mista* ou substantivo-formal subdivide-se, por sua vez, em *democracia imperfeita formal* ou *democracia plena formal*.

plenas e democracias imperfeitas), e quase 51% da população viveria sob regimes não-democráticos (regimes híbridos ou autoritários).

¹⁹ É de amplo conhecimento, também, que o IDH é formulado a partir de diversas dimensões, notadamente expectativa de vida ao nascer, educação e PIB per capita. Deixamos de fazer maiores considerações sobre a metodologia dos referidos índices por serem amplamente conhecidas. Sobre os aspectos metodológicos, conferir os relatórios do IDH e do DI (vide bibliografia).

²⁰ O modelo primário da democracia política puramente formal corresponde à combinação de níveis altos ou médios de democratização com níveis baixos de desenvolvimento humano. O modelo primário da democracia mista ou substantivo-formal corresponde à combinação de níveis altos ou médios de democratização com níveis médios de desenvolvimento humano. O modelo primário da quase-democracia substantiva corresponde à combinação de níveis médios de democratização com níveis médios ou altos/muito altos de desenvolvimento humano. O modelo primário da democracia substantiva, por sua vez, corresponde à combinação de níveis altos de democratização com níveis altos ou muito altos de desenvolvimento humano.

O modelo primário da *quase-democracia substantiva* não se desdobra em modelos secundários, correspondendo ao que se poderia denominar *democracia imperfeita quase-substantiva*.²¹ Por fim, o modelo primário da *democracia substantiva* desdobra-se nos modelos secundários da *democracia plena quase-substantiva* e *democracia plena substantiva propriamente dita* (ou em sentido estrito). O panorama geral de tais modelos e subtipos encontra-se exposto no Quadro 1, transcrito a seguir:

Quadro 1 – Panorama classificatório dos modelos de democracia substantiva

TIPO	Democratização	Desenvolvimento humano	Subtipo
Democracia política puramente formal	MÉDIO*	BAIXO	Democracia imperfeita puramente formal
	ALTO**	BAIXO	Democracia plena puramente formal
Democracia mista ou substantivo-formal	MÉDIO*	MÉDIO	Democracia imperfeita formal
	ALTO**	MÉDIO	Democracia plena formal
Quase-democracia substantiva	MÉDIO*	ALTO /MUITO ALTO	Democracia imperfeita quase substantiva
Democracia substantiva	ALTO**	ALTO	Democracia plena quase substantiva
	ALTO**	MUITO ALTO	Democracia plena substantiva propriamente dita

Legenda: * Democracias plenas / ** Democracias imperfeitas.

Exposto o quadro-geral traçado a partir da interseção entre as categorias do DI e do IDH, passar-se-á a uma breve explicação de cada um dos modelos primários e secundários decorrentes da pesquisa levada a cabo para a elaboração do presente artigo.²²

²¹ Originalmente este modelo primário subdividia-se em dois modelos secundários, a saber, democracia plena quase substantiva inferior (DI alto e IDH médio) e em democracia imperfeita quase substantiva (DI médio e IDH alto ou muito alto). Ocorre que isso gerava uma redundância, sobrepondo o modelo secundário da democracia plena quase substantiva inferior e o modelo secundário da democracia plena formal, derivado do modelo primário da democracia mista ou substantivo formal. Por tal razão, optou-se pela eliminação do modelo secundário da democracia quase substantiva inferior, mantendo-se a categoria da democracia plena formal.

²² Há que se ressaltar que o panorama teórico que se pretende traçar contém algumas categorias limítrofes, e por isso mesmo sujeitas a zonas cinzentas. De todo modo considera-se que os modelos e

A categoria das *democracias políticas puramente formais* é caracterizada pela coexistência de níveis satisfatórios de democratização – médio ou alto²³ – com níveis insatisfatórios de desenvolvimento humano – IDH considerado baixo. Como o nome denota, são democracias apenas na dimensão política, ostentando problemas em termos de democratização econômica e social. Os modelos secundários ou subtipos dessa categoria variam, portanto, em função do grau de democratização política formal: ou serão democracias imperfeitas puramente formais – combinação de médio grau de democratização política e baixo grau de desenvolvimento humano – ou serão democracias plenas puramente formais – alto grau de democratização política e baixo grau de desenvolvimento humano.²⁴

O modelo das *democracias mistas* ou *substantivo-formais* corresponde à convergência de níveis médios ou altos de democratização e níveis médios de desenvolvimento humano, como se pode depreender do Quadro 1. Trata-se de uma categoria em que continua preponderando a democratização meramente política, mas nos quais já se verifica um nível de desenvolvimento humano mais significativo, pelo que não se confundem com a categoria já examinada das democracias políticas puramente formais e suas espécies.²⁵

Essa categoria subdivide-se, por sua vez, nos subtipos das *democracias imperfeitas formais* e das *democracias plenas formais*. As democracias imperfeitas formais correspondem à conjugação de um grau médio de democracia política e um grau médio de desenvolvimento humano; as democracias plenas formais, à coincidência de níveis altos de democratização e médios de desenvolvimento humano.²⁶

À categoria da *quase-democracia substantiva* corresponde apenas um tipo derivado, denominado *democracia imperfeita quase-substantiva*, caracterizado pela coincidência de um nível médio de democratização política e um nível alto

a classificação propostos ostentam valor por sua capacidade explicativa geral, embora certamente possam ser aprimorados.

²³ Para fins da classificação ora proposta considera-se como nível alto de democratização aquele adotado pelo *Democracy Index* para classificar um regime como democracia plena e como nível médio de democratização aquele utilizado pelo mesmo indicador para classificar um regime como democracia imperfeita. Na metodologia adotada pelo indicador, democracias plenas são aquelas que obtêm um escore entre 8,00 e 10,0 e democracias imperfeitas aquelas que obtêm um escore entre 6,00 e 7,99 (*The Economist* 2016).

²⁴ Embora a ocorrência concomitante de um índice de democratização alto e um IDH baixo possa ser considerada pouco plausível, inclusive a partir da análise empírica que se fará adiante, deve-se observar que aqui se trabalham com modelos que mantêm seu valor conceitual e classificatório ainda que sua ocorrência concreta possa ser considerada pouco verossímil ou de ocorrência rara.

²⁵ A distinção ente as democracias políticas puramente formais e as democracias mistas ou substantivo-formais radica, portanto, no nível de desenvolvimento humano, sendo baixo nas primeiras e médio nas últimas. Em ambas o nível de democratização pode ser alto ou médio.

²⁶ Nota-se, portanto, que tanto na categoria das democracias puramente formais quanto na categoria das democracias mistas ou substantivo formais prepondera o elemento democracia política, enquanto o desenvolvimento humano ostenta níveis insatisfatórios (baixos ou médios).

ou muito alto de desenvolvimento humano. Por tal motivo, o modelo pode ser indiferentemente designado como *quase-democracia substantiva* ou *democracia imperfeita quase substantiva*.²⁷ Seu traço essencial, como é evidente, consiste na presença de um grau médio de democratização (donde quase-democracia ou democracia imperfeita) concomitante com um grau alto ou muito alto de desenvolvimento humano.²⁸ O modelo da democracia imperfeita quase-substantiva evidencia a preponderância do elemento socioeconômico, uma vez que constituem democracias imperfeitas com IDH alto ou muito alto.

Por fim, a categoria das *democracias substantivas* corresponde à convergência de níveis altos de democratização e níveis altos ou muito altos de desenvolvimento humano, como se pode inferir facilmente da análise do Quadro 1. Nota-se nessa categoria, portanto, a presença apenas de democracias plenas, ou seja, com alto grau de democratização, caracterizadas concomitantemente por níveis altos ou muito altos de desenvolvimento humano.

Os dois modelos secundários pertencentes a essa categoria são o da *democracia plena quase-substantiva* e o da *democracia plena substantiva propriamente dita*, entre os quais existe uma diferença de grau. O primeiro corresponde à convergência entre um nível alto de democratização e um nível alto de desenvolvimento humano.²⁹ O subtipo da democracia plena substantiva propriamente dita, por sua vez, compreende regimes caracterizados pela coexistência de níveis altos de democratização política e de níveis muito altos de desenvolvimento humano. Consistiriam, no quadro conceitual ora traçado, o ideal democrático a ser atingindo.

É evidente que tais modelos ou tipos-ideais e suas espécies ou subtipos merecem ser analisados, discutidos, e que podem ser aperfeiçoados, por meio da inclusão, por exemplo, da variável desigualdade econômica. De todo modo, trata-se de uma primeira tentativa de se traçar um quadro geral de referência que contemple modelos de democracias substantivas que podem ser úteis para o exame de experiências democráticas concretas. Por tal razão, faz-se necessário buscar aplicar os modelos aqui traçados a democracias contemporâneas concretas, o que pode ser elucidativo tanto da capacidade explicativa da proposta aqui desenvolvida quanto das características predominantes nas democracias contemporâneas, sendo este o objeto do próximo tópico.

²⁷ A razão de tal modelo não possuir dois subtipos já foi mencionada em nota anterior, consistindo na redundância de uma das categorias originalmente contempladas com o modelo secundário da democracia plena formal, que levou à eliminação de um dos subtipos originais.

²⁸ Pode ser considerada como um modelo correspondente a um regime tendencialmente dirigido a tornar-se uma democracia substantiva, embora possa ser o inverso – ou seja, fruto de uma regressão de uma democracia substantiva em termos de democratização.

²⁹ Vislumbra-se no modelo, potencialmente, um regime rumo a tornar-se uma democracia plena propriamente dita, embora possa se dar o inverso, naturalmente.

4. APLICAÇÕES DO QUADRO CLASSIFICATÓRIO E DOS MODELOS PROPOSTOS

Uma vez traçado o quadro teórico geral, baseado nos quatro modelos primários e em seus sete subtipos, cabe averiguar a funcionalidade dos modelos contemplados na referida classificação com referência a países reais e seu ranqueamento de acordo com os índices utilizados. Os dados constatados a partir da análise combinada dos relatórios mais recentes do DI e do IDH encontra-se sintetizada no Quadro 2, abaixo, cuja explicação segue-se a seguir.

**Quadro 2 – Classificação das democracias contemporâneas
de acordo com os modelos propostos³⁰**

TIPO	Subtipo	Países
Democracia política puramente formal	Democracia plena puramente formal ¹	Ausência de ocorrências atuais.
	Democracia imperfeita puramente formal ²	Papua Nova-Guiné, Lesoto, Senegal.
Democracia mista ou substantivo-formal	Democracia plena formal ³	Ausência de ocorrências atuais.
	Democracia imperfeita formal ⁴	Cabo Verde, Botsuana, Índia, África do Sul, Timor Leste, Indonésia, Filipinas, Gana, El Salvador, Namíbia, Paraguai, Guiana, Moldávia.
Quase-democracia substantiva	Democracia imperfeita quase substantiva ⁵	Costa Rica, Panamá, Trinidad e Tobago, Bulgária, Brasil, Suriname, República Dominicana, Colômbia, Peru, Mongólia, Sérvia, Malásia, Sri Lanka, México, Tunísia*
		Japão, Estados Unidos, Itália, França, Coreia do Sul, Portugal, Israel, Estônia, República Tcheca, Chile, Bélgica, Chipre, Eslovênia, Lituânia, Letônia, Eslováquia, Grécia, Argentina, Polônia, , Croácia, Hungria, Romênia, Hong Kong, Singapura**
Democracia substantiva	Democracia plena quase substantiva ⁶	Ilhas Maurício, Uruguai
	Democracia plena substantiva propriamente dita ⁷	Noruega, Islândia, Suécia, Nova Zelândia, Dinamarca, Canadá, Irlanda, Suíça, Finlândia, Austrália, Luxemburgo, Holanda, Alemanha, Áustria, Malta, Reino Unido, Espanha.

³⁰ Legenda: 1 Democracias plenas com baixo desenvolvimento humano. 2 Democracias imperfeitas com baixo desenvolvimento humano. 3 Democracias plenas com médio desenvolvimento humano. 4 Democracias imperfeitas com nível médio de desenvolvimento humano. 5 Democracias imperfeitas com desenvolvimento humano alto ou muito alto. 6 Democracias plenas com alto desenvolvimento humano. 7 Democracias plenas com desenvolvimento humano muito alto. * IDH alto. ** IDH muito alto.

A análise dos referidos relatórios revela inexistirem atualmente países classificáveis como democracias plenas puramente formais, isto é, caracterizados pelo alto nível de democratização e baixo desenvolvimento humano. Isso tem algumas implicações. A primeira é que tal constatação corrobora a tese da convergência entre democratização e desenvolvimento humano, reforçando as teses substantivas da democracia anteriormente examinadas. Em princípio parece haver algum tipo de correlação entre níveis de democratização e desenvolvimento humano, sendo raros os casos de extremo distanciamento entre estas dimensões, embora não se possa afirmar serem impossíveis. A segunda implicação é a de que tal modelo, embora não corresponda a nenhuma realidade empírica atual, pode servir à classificação de futuras realidades que porventura nele possam vir a se enquadrar.

Por outro lado caracterizam-se como democracias imperfeitas puramente formais três países: Papua Nova Guiné, Lesoto e Senegal. Todos estes países possuem nível médio de democratização política e nível baixo de democratização econômica e social (IDH).³¹

Também não foi possível identificar ocorrências empíricas atuais do modelo das democracias plenas formais, caracterizadas por alto grau de democratização e médio grau de desenvolvimento humano. As razões possivelmente são as mesmas já referidas na análise das democracias plenas puramente formais, e esta constatação reforça a tese da democracia substancial, o que não significa dizer, de modo algum, que a comprove. As mesmas observações já feitas sobre a utilidade daquele modelo cabem aqui.

Por outro lado, caracterizam-se como casos concretos contemporâneos passíveis de subsunção ao modelo da democracia imperfeita formal os de Cabo Verde, Botsuana, Índia, África do Sul, Timor Leste, Indonésia, Filipinas, Gana, El Salvador, Namíbia, Paraguai, Guiana, Moldávia.³² Todos estes treze países têm em comum o fato de ostentarem níveis médios de democratização política e níveis médios de desenvolvimento humano.

O modelo da democracia imperfeita quase substantiva (ou da quase democracia substantiva), por sua vez, encontra correspondência em diversos países, constituindo a categoria mais compreensiva de todas as formuladas de acordo com a pesquisa, totalizando trinta e nove democracias imperfeitas quase substantivas em um total de setenta e quatro democracias em geral.

³¹ Papua Nova-Guiné DI: 6.03, IDH: 0.516; Lesoto DI: 6.59, IDH: 0.497; Senegal DI: 6.21, IDH: 0.494. As fontes de todos os dados mencionados nas próximas notas de rodapé são os relatórios do *Democracy Index* de do *Human Development Index* de 2016 (vide referências).

³² Cabo Verde DI: 7.94, IDH: 0.648; Botsuana DI: 7.87, IDH: 0.698; Índia DI: 7.81, IDH: 0.624; África do Sul DI: 7.41, IDH: 0.666; Timor Leste DI: 7.24, IDH: 0.605; Indonésia DI: 6.97, IDH: 0.689; Filipinas DI: 6.94, IDH: 0.682; Gana DI: 6.75, IDH: 0.579; El Salvador DI: 6.64, IDH: 0.680; Namíbia DI: 6.31, IDH: 0.640; Paraguai DI: 6.27, IDH: 0.693; Guiana DI: 6.25, IDH: 0.638; Moldávia DI: 6.01, IDH: 0.699.

Enquadram-se neste modelo Costa Rica, Panamá, Trinidad e Tobago, Bulgária, Brasil, Suriname, República Dominicana, Colômbia, Peru, Mongólia, Sérvia, Malásia, Sri Lanka, México e Tunísia.³³ Todos estes são países caracterizados pelo grau médio de democratização e pelo nível de desenvolvimento humano considerado alto. Também se caracterizam como democracias im perfeitas quase substantivas países como Japão, Estados Unidos, Itália, França, Coreia do Sul, Portugal, Israel, Estônia, República Tcheca, Chile, Bélgica, Chipre, Eslovênia, Lituânia, Letônia, Eslováquia, Grécia, Argentina, Polônia, Croácia, Hungria, Romênia, Hong Kong e Singapura.³⁴ Todos estes são países caracterizados pelo grau médio de democratização e pelo nível de desenvolvimento humano considerado muito alto.³⁵

Os casos de democracias plenas quase substantivas revelam-se relativamente raros, mas existem. Ostentam níveis altos de democratização e de desenvolvimento humano na atualidade as Ilhas Maurício e o Uruguai, enquadrando-se no modelo, que se resume a esses dois casos.³⁶

Por fim, diversos países enquadram-se no modelo das democracias plenas substantivas propriamente ditas, caracterizando-se pela conjugação entre nível alto de democratização e nível muito alto de desenvolvimento humano, a saber: Noruega, Islândia, Suécia, Nova Zelândia, Dinamarca, Canadá, Irlanda, Suíça, Finlândia, Austrália, Luxemburgo, Holanda, Alemanha, Áustria, Malta, Reino Unido e Espanha.³⁷

³³ Costa Rica DI: 7.88, IDH: 0.776; Panamá DI: 7.13, IDH: 0.788; Trindade e Tobago DI: 7.10, IDH: 0.780; Bulgária DI: 7.01, IDH: 0.794; Brasil DI: 6.90, IDH: 0.754; Suriname DI: 6.77, IDH: 0.725; República Dominicana DI: 6.67, IDH: 0.726; Colômbia DI: 6.67, IDH: 0.727; Peru DI: 6.65, IDH: 0.740; Mongólia DI: 6.62, IDH: 0.735; Sérvia DI: 6.57, IDH: 0.776; Malásia DI: 6.54, IDH: 0.789; Sri Lanka DI: 6.48, IDH: 0.766; México DI: 6.47, IDH: 0.762; Tunísia DI: 6.40, IDH: 0.725.

³⁴ Japão DI: 7.99, IDH: 0.903; Estados Unidos DI: 7.98, IDH: 0.920; Itália DI: 7.98, IDH: 0.887; França DI: 7.92, IDH: 0.897; Coreia do Sul DI: 7.92, IDH: 0.901; Portugal DI: 7.86, IDH: 0.843; Israel DI: 7.85, IDH: 0.899; Estônia DI: 7.85, IDH: 0.865; República Tcheca DI: 7.82, IDH: 0.878; Chile DI: 7.78, IDH: 0.847; Bélgica DI: 7.77, IDH: 0.896; Chipre DI: 7.65, IDH: 0.856; Eslovênia DI: 7.51, IDH: 0.890; Lituânia DI: 7.47, IDH: 0.848; Letônia DI: 7.31, IDH: 0.830; Eslováquia DI: 7.29, IDH: 0.845; Grécia DI: 7.23, IDH: 0.866; Argentina DI: 6.96, IDH: 0.827; Polônia DI: 6.83, IDH: 0.855; Croácia DI: 6.75, IDH: 0.827; Hungria DI: 6.72, IDH: 0.836; Romênia DI: 6.62, IDH: 0.802; Hong Kong DI: 6.42, IDH: 0.917; Singapura DI: 6.38, IDH: 0.925.

³⁵ Talvez tal ampla categoria mereça ser reformulada, por abranger países com realidades bastante díspares em cada uma das duas subcategorias. Como já ressaltado, trata-se de pesquisa em desenvolvimento, de modo que as críticas a estes resultados parciais serão fundamentais para o aperfeiçoamento dos modelos e do quadro geral.

³⁶ Ilhas Maurício DI: 8.28, IDH: 0.781; Uruguai DI: 8.17, IDH: 0.795.

³⁷ Noruega DI: 9.93, IDH: 0.949; Islândia DI: 9.50, IDH: 0.921; Suécia DI: 9.39, IDH: 0.913; Nova Zelândia DI: 9.26, IDH: 0.915; Dinamarca DI: 9.20, IDH: 0.925; Canadá DI: 9.15, IDH: 0.920; Irlanda DI: 9.15, IDH: 0.923; Suíça DI: 9.09, IDH: 0.939; Finlândia DI: 9.03, IDH: 0.895; Austrália DI: 9.01, IDH: 0.939; Luxemburgo DI: 8.81, IDH: 0.898; Holanda DI: 8.80, IDH: 0.924; Alemanha DI: 8.63, IDH: 0.926; Áustria DI: 8.41, IDH: 0.893; Malta DI: 8.39, IDH: 0.856; Reino Unido DI: 8.36, IDH: 0.909; Espanha DI: 8.30, IDH: 0.884.

Assim, constata-se que das setenta e quatro democracias examinadas, dezenove constituem democracias substantivas, e, entre estas, duas são democracias plenas quase substantivas e dezessete democracias plenas substantivas propriamente ditas. Tal constatação reforça, uma vez mais, o nexos que parece existir entre democratização e desenvolvimento humano, evidentemente.

CONCLUSÃO

Verificou-se com a pesquisa bibliográfica a proximidade da noção moderna de democracia relativamente a ideias como igualdade material e justiça distributiva, assim como o reconhecimento, por parte da literatura, tanto da existência de dimensões materiais ou substantivas da democracia quanto da possibilidade de se falar propriamente em democracia econômica e social.

A partir da elaboração de uma modelização baseada nos conceitos e terminologia adotados pelo *Democracy Index* e pelo Índice de Desenvolvimento Humano, foi possível elaborar um quadro geral dos modelos de democracia adequada à referida concepção de democracia substantiva.

Combinando-se os níveis altos e médios de democratização política (democracias plenas e imperfeitas) com os níveis de desenvolvimento humano (baixo, médio, alto, muito alto) foi possível traçar um quadro composto por quatro modelos primários e por sete modelos secundários.

Como visto, tal panorama contempla os modelos das democracias imperfeitas puramente formais e das democracias plenas puramente formais (espécies do gênero da democracia política puramente formal), caracterizando-se, de modo geral, por uma democratização meramente política, em graus variáveis.

Contempla ainda as democracias imperfeitas formais e as democracias plenas formais (espécies do gênero da democracia mista ou substantivo-formal), caracterizadas por uma preponderância da democratização política, embora mitigada pela presença de um grau médio de desenvolvimento humano.

Abrange, ainda, a quase-democracia substantiva, ou democracia imperfeita quase substantiva, caracterizada por níveis elevados de desenvolvimento humano (IDH alto ou muito alto) e médios de democratização política (democracias imperfeitas).

Compreende, por fim, as democracias plenas quase substantivas e as democracias plenas substantivas (espécies do gênero democracia substantiva), caracterizadas por níveis elevados de democratização (democracias plenas) e de desenvolvimento humano (IDH alto ou muito alto), como visto.

Ao se aplicar tais modelos às democracias contemporâneas verificou-se que alguns dos modelos propostos na classificação possuem ocorrências empíricas atuais, ao passo que outros não os possuem, o que, como visto, não lhes retira valor. Verificou-se inexistirem atualmente países passíveis de serem

classificados como democracias plenas puramente formais (democracias plenas com baixo IDH) ou democracias plenas formais (democracias plenas com IDH médio). Por outro lado, verificou-se a existência de correspondentes empíricos aos modelos da democracia imperfeita puramente formal (democracias imperfeitas com baixo IDH), embora de rara ocorrência.

Verificou-se a existência, ainda, de casos concretos passíveis de serem classificados como democracias imperfeitas formais (democracias imperfeitas com IDH médio), como quase democracias substantivas ou democracias imperfeitas quase substantivas (democracias imperfeitas com IDH alto ou muito alto), categoria esta predominante em termos de número de ocorrências concretas.

Verificou-se, por fim, a existência empírica de democracias correspondentes aos modelos da democracia plena quase substantiva³⁸ e da democracia plena substantiva propriamente dita (democracias plenas com IDH alto ou muito alto, respectivamente), sendo raras as ocorrências das primeiras e mais frequentes as ocorrências da última.

Em síntese, no aspecto quantitativo, e como conclusão geral, do exame dos relatórios mais do *Democracy Index* e do IDH relativos ao ano de 2016, entre setenta e quatro democracias examinadas, constatou-se a existência de três democracias imperfeitas puramente formais, treze democracias imperfeitas formais, trinta e nove democracias imperfeitas quase substantivas (ou quase democracias substantivas)³⁹, duas democracias quase substantivas superiores e dezessete democracias plenas substantivas propriamente ditas.

De todo modo, deve-se ressaltar tratar-se de modelo ainda em desenvolvimento e passível de aperfeiçoamentos. Assim, pode-se cogitar possíveis melhorias, como a redefinição da ampla categoria das democracias imperfeitas quase substantivas, que abrangem situações bastante heterogêneas em suas subespécies. Talvez seja importante, incluir no modelo dados adicionais relativos à concentração de renda ou à desigualdade econômica, tais como o coeficiente de Gini, para tornar o modelo mais acurado, o que, de todo modo, extrapola os limites do presente artigo e o estágio atual da pesquisa em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* 13 ed. Brasília: Editora UnB, 2007.

³⁸ A República Federativa do Brasil enquadra-se nesta categoria de acordo com os dados dos relatórios de democratização e desenvolvimento humano de 2016.

³⁹ A categoria da democracia imperfeita quase substantiva contempla o maior número de casos empíricos, como visto (39), há que se observar existem dois grupos distintos de países: os com nível alto de desenvolvimento humano (15) e o mais numeroso, com nível muito alto de desenvolvimento humano (24).

- BÜHLMANN, Marc *et al.* *The Democracy Barometer: A New Instrument To Measure The Quality of Democracy And Its Potential for Comparative Research*. *European Political Science*, v. 11, pp. 519-536, 2012.
- COOPEDGE, Michael *et al.* *Conceptualizing and Measuring Democracy: A New Approach*. *Perspectives On Politics*, v. 9, n. 2, pp. 247-267, 2011.
- DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.
- ECKSTEIN, Harry. *Regarding Politics: Essays on Political Theory, Stability, and Change*. Berkeley: University of California Press, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *La Logica del Diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Roma: Laterza, 2016.
- _____. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*. Tomo 2: Teoría da Democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- _____. *Derechos y garantías: La Ley del Más Débil*. Trad. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- GARCÍA JURADO, Roberto. *La Teoría de la Democracia em Estados Unidos*: Almond, Lipset, Dahl, Huntington. Cidade do México: Siglo XXI, 2009.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone C. Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- IJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Trad. Roberto Franco. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- LINDBERG, Staffan *et al.* V-Dem: *A New Way To Measure Democracy*. *Journal of Democracy* 25, n. 3, pp. 159-169, 2014.
- MCLEAN, Iain; MCMILLAN, Alistair. *Oxford Concise Dictionary of Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.
- MUNCK, Gerardo; VERKUILEN, Jay. *Conceptualizing and Measuring Democracy: Evaluating Alternative Indices*. *Comparative Political Studies*, v. 35, n. 1, pp. 5-34, : 2002.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Human Development Report 2016: Human Development for Everyone*. Nova Iorque, 2017. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf Acesso em: jan 2018.
- PRZEWORSKI, Adam. A mecânica da instabilidade de regime na América Latina. *Novos Estudos*, n. 100, pp. 27-54, 2014.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, Socialism & Democracy*. Londres: Routledge, 1976.
- THE ECONOMIST. *Democracy Index 2016: Revenge of the "Deplorables"*. Disponível em: https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2016. Acesso em: jan 2018.

CAPÍTULO 3

O RESGATE DA DEMOCRACIA CONTRA A POLARIZAÇÃO: PRAGMATISMO DEMOCRÁTICO E GRUPOS IDEOLÓGICOS

*Pâmela de Rezende Cortes
André Matos de Almeida Oliveira*

RESUMO: Esse trabalho tem como objetivo responder à seguinte pergunta: o pragmatismo democrático é uma opção factível para realizar a aproximação de grupos polarizados e ideologicamente engajados? Na resposta, será apresentado o conceito de grupos polarizados e ideologicamente engajados, usando para isso as concepções ligadas à Teoria das Fundações Morais, uma ferramenta desenvolvida no escopo da psicologia social evolucionista. Outro conceito relevante para a resposta é o de pragmatismo democrático, que será analisado no restante do texto. Para introduzir a ideia de pragmatismo democrático, será apresentado o conceito geral de pragmatismo de Peirce. A seguir, serão expostas as visões de pragmatismo de De Waal e Cunningham, que são mais expansivas com o conceito. Por fim, ele será aplicado à democracia na leitura de Cunningham e à perspectiva cientificamente embasada de Joshua Greene. Como conclusão, afirmar-se-á que o pragmatismo pode ser uma opção mais eficiente para resolver os problemas dos embates de grupos e uma base melhor para a tomada de decisões políticas em um cenário de polarização, como parece ser o caso do Brasil e de outros países pelo mundo.

1. INTRODUÇÃO

A polarização é um problema crescente para as sociedades contemporâneas, parecendo extremar cada vez mais as opiniões nas redes sociais, nas eleições democráticas, na mídia. Há um sentimento geral de que as posições extremas estão ganhando força, tanto na Europa (Padrão 2014), quanto nos Estados Unidos (Haidt 2013, 320) e no Brasil (FGV Notícias 2014; O Globo 2016). Embora seja possível apontar diversas razões para a polarização, e concorram para explica-las diversas áreas de estudo e disciplinas, focaremos aqui nas explicações fornecidas dentro do escopo teórico da psicologia social, sobretudo calcada na perspectiva evolucionista¹.

¹ A relação entre as ciências naturais e sociais já foi necessariamente desgastada, muitas vezes por causa de incompreensões mútuas. Em debates, costuma-se confundir conceitos importantes, que, no entanto, são distintos, como: “evolução” no sentido biológico e “progresso”; explicações evolutivas proximais e explicações evolutivas distais; e “natureza humana” e “essencialismo” (dentro do debate entre natureza

Para combater a polarização ou para pelo menos permitir que a democracia se sustente apesar dela, apresentaremos o pragmatismo democrático. O pragmatismo, quando escoo para aspectos éticos e políticos, adquire contornos de negociação e acordos entre partes, buscando não a verdade moral por trás de uma questão, mas os resultados de uma decisão e sua aplicabilidade. Ainda permanece a dificuldade em encontrar um método para alcançar a resposta, para levar a negociação a cabo e manter um ambiente democrático sustentável. Em termos de grupos ideologicamente engajados, o pragmatismo pode ser a forma de buscar aquilo que há de comum entre eles, aquilo que é compartilhado, ao invés de se focar no debate sobre o ideal ou sobre como as coisas deveriam ser.

Um dos objetivos da democracia, talvez um dos mais importantes, é equalizar desejos de cidadãos múltiplos e variados e alcançar, por meio de um método, uma decisão que satisfaça aos interesses do maior número possível de pessoas. Nesse sentido, a existência de valores divergentes entre os indivíduos e a tendência a formar grupos que se entrincheiram cada vez mais e chegam a posições extremadas ou polarizadas interferem, tanto teórica quanto praticamente, na formação de uma decisão que seja democrática.

Talvez o caminho pragmático seja o único possível em tempos cada vez mais extremados e com grupos cada vez mais aguerridos e convencidos de sua própria superioridade moral. Como caminho para a democracia, o pragmatismo permite uma gradação que, ao invés de buscar a resposta certa, busca a resposta possível.

2. GRUPOS POLARIZADOS E IDEOLOGICAMENTE ENGAJADOS²

Formamos grupos desde crianças, e a identificação que temos com os demais membros de um grupo, os nossos pares, se torna fundamental na construção da identidade. Temos uma necessidade irrefreável de formar grupos e dar vazão ao sentimento tribal de pertencimento (Wilson 2013, 295). De acordo com Bloom, temos uma

predisposição de nossa natureza ao estabelecimento de coalizões. Favorecemos nossos próprios grupos. Isto fica evidente nos experimentos de grupos mínimos, e é óbvio no mundo real, onde nos sentimos atraídos pelos vínculos com nosso país, com os que nos são próximos e com nossos parentes. [...]

e cultura). É preciso que escapemos dessas armadilhas. Para um estudo anterior mais aprofundado das relações e distinções destes temas, vide Cortes 2016. Cf. também Ridley 2008 e Pinker 2004.

² Algumas ideias desse capítulo foram apresentadas e melhor desenvolvidas em Cortes, Pamela. 2016. Por que nos unimos a grupos ideológicos? Explicações evolucionistas para as discordâncias políticas. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Vista pelo lado positivo, nossa tendência a separar nós mesmos e os outros em grupos nos proporciona prazeres reais. As pessoas não querem que suas culturas e suas línguas sejam extintas; ficamos contentes em pertencer a uma comunidade específica. E, embora muitos desaprovem aqueles que pensam mal de outros grupos, normalmente não é considerado errado se orgulhar e se preocupar com o seu próprio grupo. (Bloom 2014, 148-149).

Nós formamos grupos de forma rápida, e com a mesma rapidez tendemos a rechaçar o grupo adversário, mesmo que os grupos tenham sido construídos de forma arbitrária, como demonstram diversos experimentos em psicologia social (Michener, Delamater, Myers 2005).

Definir um grupo não é tarefa simples, pois as definições variam de acordo com a ciência das quais provêm. Para os nossos propósitos, nos focaremos num conceito mais amplo fornecido pela psicologia social, afirmando que um grupo pressupõe o encontro de pelo menos duas pessoas, de alguma forma conectadas, e cuja conexão é, na maior parte das vezes, socialmente significativa (Forsyth 2010, 2-3). Para que um grupo seja assim considerado é preciso que haja filiação, interação entre os integrantes e normas mantidas pelo grupo, e que disso decorra os fenômenos de coesão, conformidade e status (Michener, Delamater, Myers 2005, 394-404). Nessa linha, Hare aponta que grupos devem ter interação entre pessoas que aceitam expectativas e obrigações como membros do grupo, compartilhando uma identidade comum. Para ele, os grupos devem exibir algum grau de coesão social, estabelecida por meio de características compartilhadas pelos membros do grupo, como interesses, valores, pano de fundo étnico e social comum e ligações de parentesco (Hare 1962).

Destacaremos a coesão, que é medida quando se avalia quão desejosos os membros do grupo estão de permanecer integrados a ele, ou quão resistentes estão em deixá-lo (Michener, Delamater, Myers 2005, 396). Além disso, quanto mais homogêneo é um grupo, maior se torna sua coesão interna, e, inversamente, quanto menos homogêneo, menos coeso ele é (Surowiecki 2006, 63).

Os grupos podem se definir não apenas positivamente, por meio de suas características salientes, mas também por oposição a outros grupos, uma definição negativa. Assim, os conflitos entre os grupos podem aumentar a coesão grupal. A existência de um inimigo comum aumenta a sensação de semelhança e de pertencimento dos membros do grupo em disputa. Os grupos coesos tendem a ter relações mais fortemente estabelecidas, e são grupos mais duráveis (Michener, Delamater, Myers 2005, 471-472).

A polarização pode ser caracterizada como um fenômeno social que, em seu sentido original, acontece quando os membros de um grupo mudam suas posturas e opiniões, tendendo a opiniões mais homogeneizantes e extremas dentro do grupo, com relação a um problema específico (Sunstein 2002, 176-178).

Inicialmente, a polarização pode ser entendida por meio de dois mecanismos: a comparação social, com o conseqüente desejo de manter a reputação dentro do grupo; e a argumentação persuasiva, considerando também as dificuldades de se argumentar de forma racional dentro de um grupo (Michener, Delamater, Myers 2005, 454).

A polarização, portanto, é um efeito que diz respeito ao funcionamento interno do grupo. No entanto, a polarização e o conflito entre grupos podem se relacionar e se retroalimentar, porque, como vimos, o conflito aumenta as diferenças entre os grupos que estão se posicionando sobre um mesmo problema ou questão. O conflito aumenta não só a percepção de semelhança e identidade dentro do grupo, mas também leva os integrantes a ter opiniões e posturas semelhantes. A definição por oposição (ao outro grupo) tende a levar a posições mais polarizadas (Sunstein 2002, 178, 184).

Em debates políticos, a tendência à polarização é ainda maior. Para explicar a existência de grupos que se formam em torno de ideologias e sistemas morais, usaremos a Teoria das Fundações Morais (TFM), uma ferramenta desenvolvida dentro do escopo da psicologia social evolucionista. Em linhas gerais, a TFM busca compreender porque possuímos valores morais divergentes, se utilizando para isso de pesquisas em teoria evolutiva, em antropologia, em psicologia social e em diversas outras áreas (Graham et al 2013, 58-59).

Para explicar o que são as fundações morais, Haidt e Joseph (2004) desenvolveram uma metáfora instrutiva. Os autores sugerem que imaginemos que as fundações morais são como os receptores de sabor que possuímos em nosso paladar. Somos capazes de perceber (ao menos) cinco sabores diferentes: doce, salgado, amargo, ácido e *umami*. E, embora as pessoas tenham, normalmente, receptores para os cinco sabores, não necessariamente as pessoas gostam dos mesmos alimentos e da mesma proporção entre os sabores. Alguns desenvolvem preferência por doces, outros por comidas salgadas, outros não toleram produtos amargos. A diferença de percepção e de gosto depende tanto da nossa história evolutiva (que é mais homogênea e tende a levar a uma preferência por comidas calóricas e doces) quanto da história de cada cultura, do meio ambiente no qual essa cultura está inserida, da disponibilidade de alguns alimentos e dos hábitos alimentares de cada pessoa, desenvolvidos especialmente durante a infância. Então, embora exista um aspecto universal na apreciação de sabores, existe também bastante espaço para desenvolvimentos singulares e individuais. Aqui se confirma a interação, cientificamente bem estabelecida, entre natureza e cultura (Ridley 2008).

A teoria apresenta alguns pressupostos fundamentais: fazemos nossos julgamentos morais de forma intuitiva mais do que racionada; nascemos com uma mente moral em rascunho que será desenvolvida de formas diferentes através da experiência; a cultura desempenha papel fundamental no

desenvolvimento da nossa mente moral³; e há mais de um valor importante na construção de sistemas morais ou ideológicos (Graham et al 2013). Além desses, a teoria considera que a evolução pode explicar nossos comportamentos e que é impossível compreender o ser humano sem prestar atenção nos fatores biológicos que o compõem (Haidt 2013).

Para a TFM, há seis fundações morais para a política, ou seja, há alguns valores básicos que compõem o domínio moral: o cuidado e o dano (*Care/harm foundation*); a justiça e a trapaça (*Fairness/cheating foundation*); a lealdade e a traição (*Loyalty/betrayal foundation*); a autoridade e a subversão (*Authority/subversion foundation*); a pureza e a degradação (*Sanctity/degradation foundation*); a liberdade e a opressão (*Liberty/opression foundation*). Essas fundações são basilares na compreensão das razões do alinhamento político dos indivíduos e dos respectivos agrupamentos ideológicos. Portanto, é através dessas fundações que decidimos quais valores morais e políticos defenderemos, e é para estreitar as relações de grupo que escolhemos de qual lado estamos e qual bandeira merece ser levantada.

Assim, grupos engajados e ideológicos tendem a utilizar-se de fundações morais semelhantes dentro do grupo e diferem dos outros justamente pelas fundações e seus respectivos valores. As discussões políticas tendem a ser polarizadas e escalar, porque os membros dos grupos estão discordando fundamentalmente sobre quais valores devem ser ponderados e escolhidos na esfera pública. Esse debate tem implicações consideráveis para a democracia, já que a necessidade de deliberar e decidir de forma a considerar a opinião de todos ou da maioria dos cidadãos desemboca em questões complexas, moralizadas e ideologicamente polarizadas.

A seguir, iniciaremos a discussão sobre o pragmatismo, que pode ser uma saída viável para o problema da polarização de grupos. Faremos primeiro uma conceituação geral da ideia para depois tentar mostrar como ela pode ajudar nos debates ideologicamente polarizados enfrentados pelas democracias contemporâneas.

3. PRAGMATISMO: UM TERMO EM DISPUTA

O pragmatismo enquanto corrente filosófica tem uma história relativamente recente. Costuma-se dizer que seu surgimento se deu no O Clube Metafísico, grupo composto por notáveis como William James, Charles Sanders Peirce e Oliver Wendell Holmes Jr, em 1870 (Hookway 2016). Embora seu surgimento enquanto corrente esteja datado, suas ideias podem ser remontadas (como

³ O que mostra que a TFM, como todas as teorizações relevantes atuais sobre “natureza humana”, já superou a dicotomia entre “natureza” e “cultura”. Vide nota 3 acima.

quase todas as ideias filosóficas o fazem, numa espécie de reconhecimento de *pedigree*) aos gregos (De Waal 2007, 17-18).

Em um dos textos originários mais importantes do pragmatismo, Peirce afirma que é dever da lógica dizer como tornar as nossas ideias claras. E, para isso, prossegue fazendo afirmações caras ao pragmatismo. A primeira afirmação diz respeito à vinculação entre pensamento e ação. Para ele, nós nos irritamos com as dúvidas e a função do pensamento é gerar crenças que sejam capazes de aplacar essa irritação – uma espécie de visão terapêutica do papel do pensamento. Ele afirma que a crença tem três características básicas: é algo que percebemos, que aplaca a irritação do pensamento e que desemboca numa regra para agir, que também pode ser chamada de hábito (Peirce 1878).

A segunda afirmação de Peirce a ser destacada é quanto aos três graus de clareza que uma ideia pode alcançar. No primeiro grau, a ideia é reconhecida e não será confundida com nenhuma outra ideia. No segundo grau, determinam-se critérios abstratos que limitam a ideia. A ideia, aqui, é coerente com um sistema estabelecido *a priori*. Esses dois primeiros graus são por demais abstratos e insuficientes. Peirce, então, apresenta o terceiro grau:

Parece, portanto, que a regra para alcançar o terceiro grau de clareza é como se segue: considere quais efeitos, que concebivelmente teriam consequências práticas, nós concebemos para o objeto da nossa concepção. Então, nossa concepção desses efeitos abrange toda a concepção do objeto⁴ (Peirce 1878).

Essa ficou conhecida como a máxima pragmática (Peirce 1878; De Waal 2007, 38-41). A esse ensaio, seguiram-se outros que tinham como objetivo ser um trabalho sobre a lógica da ciência.

Para Peirce, portanto, o pragmatismo é um método de significação, de determinar o significado de conceitos, ideias, crenças e quaisquer coisas que possam agir como um signo⁵. Mas até mesmo em seu surgimento, “pragmatismo” foi um termo com significações ligeiramente distintas. William James, que primeiro utilizou o termo num trabalho impresso, tinha uma concepção mais psicológica dele. Ele mantinha a ideia de que o pragmatismo é um método que está vinculado à ação e ao hábito. Mas, os efeitos, que para Peirce queriam dizer as consequências práticas, para James tinham mais a ver com sensações e reações, numa concepção muito mais vinculada à vida prática que a de Peirce.

⁴ Original: “It appears, then, that the rule for attaining the third grade of clearness of apprehension is as follows: Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.” Tradução livre.

⁵ Em outro trabalho, Peirce define signo como “aquilo que, sob certo modo, representa algo a alguém” (PEIRCE, 2005, p. 46).

Assim, James reconhecia a necessidade de um empirismo mais radical (White 2010; De Waal 2007, p. 51-53).

Há ainda uma concepção de pragmatismo possível, combinando diversos desses autores, que se reconhece pelo seu foco na resolução de problemas, atendendo para os problemas enfrentados pela área na qual o método está sendo aplicado (Cunningham 2009, p. 173). O que distinguiria o pragmatismo de outras formas de inquirição e de filosofia é a conexão íntima que este desenha entre teoria e prática, entre pensamento e ação, sendo uma espécie de terceira via entre o dogmatismo e o ceticismo, um falibilismo (De Waal 2007, 18, 37).

Considerando a perspectiva mais abrangente de pragmatismo como um método que se preocupa com as consequências e com a solução de problemas, passaremos a uma reflexão do pragmatismo dentro da filosofia política e da teoria democrática.

4. PRAGMATISMO POLÍTICO E DEMOCRÁTICO

A definição do termo democracia dentro de uma teoria de alguma forma direciona as conclusões a que essa teoria chegará. Se o foco é dado ao aspecto participativo, adversarial, representativo, procedimental, econômico, epistêmico, logo se sabem que aspectos da teoria e da prática democrática serão enfatizados e qual a forma de diferenciar uma democracia das outras formas de regime possíveis. Assim, há muitos adjetivos que poderiam descrever a democracia, assim como vários objetivos que poderiam ser elencados como o fundamento de um regime democrático (Dryzek 2004, 143-144).

No tema do pensamento pragmático aplicado à democracia, um dos autores mais importantes é John Dewey. Ele tinha uma grande preocupação com questões sociais e políticas e seu desenvolvimento do pragmatismo foi basicamente voltado à solução dos problemas da esfera pública, sobretudo educação (De Waal 2007, 151, 155). Sua preocupação era com um pragmatismo como resultado de um processo empírico da inquirição, dado como um método e não como uma escola filosófica (De Waal 2007, 166-167).

O pensamento pragmático democrático não é reconhecido usualmente como uma teoria da democracia, mas como uma forma de se pensar a democracia que pode ser aplicada em conjunto com outras teorias (Cunningham 2009, 170). Essa é, na verdade, uma das críticas usuais ao pragmatismo quando aplicado a teorias políticas.

[...] A mais danosa, e talvez mais plausível, crítica contra o pragmatismo contemporâneo é que ele não significa nada, ou, mais precisamente, que significa coisas demais para balizar um território moral ou político específico. Dentro dessa perspectiva, o pragmatismo aparece frequentemente como uma doutrina

que libera espaço para a tarefa de analisar, ou reedescrever criativamente as próprias intuições morais ou políticas, ou as da sociedade, mas nada além disso⁶ (MacGilvray 1999, 542-543).

Mas é possível dizer que, longe de ser um problema, essa é, na verdade, uma das vantagens do pragmatismo democrático, uma vez que o objetivo de um diálogo democrático não deve ser o de segregar o debate em escolas filosóficas nem criar uma nova forma de polarizar e moralizar discussões sobre a democracia. Ao permitir que o debate permaneça *entre* os pensadores e teóricos, e não *dentro* de uma mesma linha restritiva de raciocínio, o pragmatismo democrático parece servir melhor ao momento de polarização política que estamos vivendo.

Apresentaremos aqui o pragmatismo democrático defendido por Cunningham (2009), que se baseia por sua vez em John Dewey. Em linhas gerais, o pragmatismo democrático pode ser sintetizado em quatro teses. A primeira delas é a de que a democracia tem escopo ilimitado, e afirma que o exercício democrático não se esgota na relação entre o povo e seus líderes, mas é apropriada a todas as formas de associação humana. Dessa forma, democracia é um conceito que pode ser aplicado a toda a sociedade, e não especificamente no âmbito usual da Ciência Política (Cunningham 2009, 172).

A segunda tese estabelece que a democracia é sensível ao contexto. Isso quer dizer que a democracia, aplicada ao Estado, depende das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e etc., que permeiam as relações analisadas. Se a democracia florescerá mais ou menos depende, fundamentalmente, das circunstâncias dentro das quais se realizam as trocas políticas (Cunningham 2009, 172).

A terceira tese é a de que a democracia é uma questão de grau. Essa é uma tese fundamental, na medida em que não absolutiza o processo democrático ou não torna a democracia inalcançável, presa numa teoria ideal inaplicável. A democracia deve ser encarada como um processo, que nunca se realiza de forma perfeita. Assim, ao invés de tornar a questão um problema binário (em termos de sim ou não, é ou não é democrático), a questão se torna quão democrático é determinado lugar, Estado ou povo. Isso também abre espaço para a pergunta de quão democrático esse mesmo lugar, Estado ou povo poderia ser, ou como aperfeiçoar e aumentar o grau de democracia (Cunningham 2009, 172-173).

⁶ Original: “Indeed, the most damaging, and perhaps also the most plausible, charge that can be leveled against contemporary pragmatism is that it does not mean anything, or more precisely, that it means too many things to mark out any distinctive moral or political territory. From this perspective, pragmatism often appears as a doctrine which clears the ground for the task of analyzing or creatively redescribing one’s own moral and political intuitions, or those of one’s society, and nothing more (...).” Tradução livre.

Essa é uma tese que parece combinar com a perspectiva de poliarquia de Robert Dahl (2015). Para o autor, a democracia é um sistema complexo e que nenhum sistema do mundo conseguiu alcançar⁷. A democratização acontece, para Dahl, através de pelo menos duas dimensões: contestação pública e direito de participação (Dahl 2015, 29). As poliarquias, por sua vez, são regimes que preencheram de forma satisfatória dois requisitos: popularização e liberalização (Dahl 2015, 31).

No fundo, essas são as dimensões da democracia citadas. Em termos de liberalização,

As liberdades clássicas são uma parte da definição de contestação pública e de participação: oportunidades de exercer oposição ao governo, formar organizações políticas, manifestar-se sobre questões políticas sem temer represálias governamentais, ler e ouvir opiniões alternativas, votar secretamente em eleições que candidatos derrotados entregam pacificamente os cargos ocupados aos vencedores etc (Dahl 2015, 41).

Já sobre a popularização,

A participação ampliada combinada com a competição política provoca uma mudança na composição da liderança política, particularmente entre aqueles que conquistam cargos públicos através de eleições – especialmente cargos parlamentares. Na medida em que novos grupos obtêm o sufrágio, candidatos com características sociais mais próximas às das camadas recém-incorporadas ganham uma fatia maior dos cargos eletivos.

[...]

Na medida em que um sistema torna-se mais competitivo ou mais inclusivo, os políticos buscam o apoio dos grupos que agora podem participar mais facilmente da vida política. (Dahl 2015, 42-43).

Dessa forma, Dahl cria critérios objetivos de avaliação da democratização que permite classificar os Estados-nação em termos de quatro grandes esquemas de governo. Há os governos que são hegemonias fechadas, nos quais não há nem liberalização nem participação. Quando ampliam a liberalização, caminham para oligarquias competitivas. Quando ampliam a inclusividade ou participação, caminham para hegemonias inclusivas. As poliarquias surgem quando se aumentam tanto a liberalização quanto a participação (Dahl 2015, 28-32).

Percebe-se que o autor se preocupa em reconhecer não apenas a resposta binária de ser ou não democrático, mas em qual aspecto democrático está sendo

⁷ Sua análise está historicamente situada, já que o livro foi lançado em 1972. Contudo, sua descrição de poliarquias parece abarcar todos os regimes existentes, de forma que talvez a democracia seja apenas um horizonte, não uma realidade.

considerado e em qual grau a democracia (ou poliarquia) está implementada. Isso facilita a existência de critérios objetivos, além de ter o efeito de não circunscrever o debate democrático à teoria ou definição do que é democracia.

Por fim, a quarta tese do pragmatismo democrático é de que a democracia é problemática. Isso reforça o fato de que a democracia é um processo em curso, já que enfatiza que cada solução de um problema gera outros problemas a serem resolvidos na esfera política. Essa não é uma característica exclusiva do âmbito político, mas é importante reconhecê-la na esfera democrática. Esses problemas são contextuais, estão vinculados ao tempo e ao espaço em que as sociedades se encontram. Essa tese também reafirma o papel do pragmatismo em permitir o diálogo entre teorias democráticas diversas. Afirmar Cunningham:

a vantagem que eu reivindico para a orientação pragmática que eu desenhei é que ela facilita tomar uma posição ecumênica para as teorias democráticas. Uma razão para isso é que a orientação não está ancorada em um conceito particular de democracia. Isso porque o conceito central não é 'democracia', mas 'mais (ou menos) democrático' (Cunningham 2009, 175).

Essas quatro teses (a democracia ter escopo ilimitado, ser sensível ao contexto, ser uma questão de grau e ser problemática) demonstram como de fato o pragmatismo originário está expresso e aplicado à democracia. O pragmatismo apresenta-se como “um *método* de fazer filosofia, e não uma coleção de pontos de vista acerca de pontos específicos” (De Waal 2007, 236, grifo do autor). Ao focar no aspecto prático da democracia, reconhecendo seus limites e focando na resolução de problemas, o pragmatismo democrático também insere o falibilismo na teoria da democracia, ao permitir que o guia seja prático e contextual, ao invés de moral e principiológico.

5. O PRAGMATISMO DEMOCRÁTICO E OS GRUPOS POLARIZADOS

Considerando que os grupos possuem valores divergentes, é preciso apontar caminhos de diálogo e decisões que não forjem consensos ou garantam supremacia moral de uma teoria ou caminho (reflexo, na visão que estamos propondo, provavelmente do grupo ideológico do qual deriva aquele que teoriza mais do que de uma verdade absoluta sobre a qual todos possam se apoiar). É claro que o processo democrático ideal é aquele no qual os desejos de alguma forma se aproximam ou se assemelham.

Nessa perspectiva, uma situação idealmente democrática seria uma na qual, por meio de suas ações comuns, as pessoas direta ou indiretamente conduzissem aspectos de seu meio ambiente social a concordarem com seus desejos não

reprimidos (sejam aqueles que eles levam consigo para os projetos coletivos ou aqueles gerados no processo de interação) ou quando negociassem um compromisso mutuamente aceitável. [...] Ademais, para preservar a democracia em curso, o consenso positivo não deve ser obtido de tal modo que iniba negociações no futuro, como quando, por exemplo, a vida comum ou arranjos em funcionamento algumas vezes criam pressões para simular acordo. Nem deve a negociação impedir consenso futuro, o que algumas vezes acontece quando, por exemplo, barganha coletiva ou conchavos legislativos fecham as avenidas para a construção de um consenso futuro ou bloqueiam pessoas em atitudes de suspeita mútua (Cunningham 2009, 175).

Isso implica aceitar a fragilidade das decisões e consensos e preparar o sistema democrático para a revisão e a mudança. O caminho do pragmatismo democrático pode ser uma via possível para abrir espaços de negociação e diálogo entre grupos ideológicos polarizados.

Quando nem o consenso nem a negociação de uma resolução aceitável são possíveis, o problema que domina a democracia pragmática é identificar métodos para chegar a um resultado que, nas circunstâncias, promoverá melhor ou ao menos não inibirá a construção do consenso ou negociação em outras questões ou para outras pessoas no futuro (Cunningham 2009, 175).

Nesse caso, e recordando a perspectiva da poliarquia de Dahl, as instituições e mecanismos de decisão devem ser desenhados de forma a aumentar o alcance das liberdades básicas ao mesmo tempo em que aumenta a participação política e o pluralismo. Isso implica mecanismos que tornem negociações e decisões contextuais mais comuns que decisões moralmente carregadas ou busca pelo certo absoluto.

Essa perspectiva se assemelha e de alguma forma é complementada pelo pragmatismo profundo (*deep pragmatismo*) de Joshua Greene (2013). O autor afirma que só é possível compreender a divergência entre os grupos compreendendo como se formam as ideias e os valores destes. Assim, ele faz duas afirmações:

Primeiro, precisamos compreender a estrutura dos problemas morais modernos e como eles diferem dos problemas que os nossos cérebros evoluíram para responder [...]. Segundo, precisamos compreender a estrutura dos nossos cérebros morais e como diferentes tipo de pensar foram adaptados para resolver diferentes tipos de problemas (Greene 2013, 14)

Para o primeiro ponto, ele afirma que a moralidade surgiu para resolver problemas de cooperação (Greene 2013, 23). Mas a cooperação aqui é a que acontece dentro de grupos, não entre grupos distintos (Greene 2013, 26). Assim, em nosso passado enquanto espécie, fomos equipados para resolver

problemas que surgem de atividades coordenadas, mas esses grupos eram pequenos e possuíam afinidade. Então nossa tendência ao favorecimento do próprio grupo possui uma longa história.

Para o segundo ponto, ele afirma que nossos cérebros foram desenvolvidos para o tribalismo, e intuitivamente dividimos entre “nós” e “eles” (Greene 2013, 54), o que reafirma o ponto anterior. Além disso, o nosso cérebro possui dois modos de funcionamento, ou dois sistemas. Ele compara nosso cérebro a uma máquina fotográfica com dois modos: o “modo automático” e o “modo manual”. Num primeiro modo de funcionamento, o “modo automático”, nosso cérebro funciona de forma mais eficiente, ao economizar energia e agir sem os custos do processo consciente de decisão (Greene 2013, 133). No segundo modo de funcionamento, o “modo manual”, há maior flexibilidade decisória, mas com um maior custo energético para a tomada de decisões e a ação. No segundo modo, quando tomamos uma decisão, usamos o raciocínio (*reasoning*) como uma aplicação consciente das regras de decisão (Greene 2013, 133-134, 136).

Essa ideia se assemelha à já mais consagrada perspectiva propagada por Kahneman (2012). O autor afirma que a mente possui dois sistemas: Sistema 1 e Sistema 2. O Sistema 1 corresponde à parte mais automática, é responsável pelas respostas mais rápidas e sem muito controle voluntário. O Sistema 2 é a parte que acabamos por vezes designando como “eu consciente”, responsável pelas atividades mentais mais complexas (Kahneman 2012, 29).

Para resolver o problema de coordenação entre grupos, que é um problema das democracias contemporâneas, Greene propõe que procuremos uma moeda comum entre os grupos. Isso equivale a buscar o que há de universal dentre os particulares dos grupos (Greene 2013, 175). Para ele, é preciso passar as decisões morais do “modo automático” para o “modo manual”, e só assim é possível pensar em espaços comuns entre os diversos grupos⁸ (Greene 2013, 194).

Há duas estratégias possíveis para a busca dessa moeda comum. Pode-se ancorar a busca numa autoridade moral independente, como “Deus ou a Razão ou a Ciência”. Mas essa é, obviamente, uma estratégia falha, já que até agora não conseguimos encontrar justificativas sólidas para estabelecer essas autoridades como universalmente reconhecidas (Greene 2013, 290-291).

A segunda estratégia, para Greene, é encontrar valores compartilhados, que é a estratégia que ele chama de pragmatismo profundo⁹: buscar um espaço

⁸ Para o autor, a resposta é utilitarista. Isso, porém, não só não é necessário como nos parece extremamente prejudicial tomar partido de uma teoria ética existente, já que o objetivo é encontrar formas de solucionar os dilemas ao invés de entrincheirar os debatedores. Optamos por não apresentar nossas próprias críticas a essa escolha do autor nesse trabalho.

⁹ Para ele, como abordado na nota anterior, o utilitarismo busca os valores comuns na experiência e na aversão ao sofrimento (Greene 2013, 291).

comum não onde nós pensamos que deveria estar, mas onde de fato está¹⁰ (Greene 2013, 291). Aqui, é importante realçar que essa estratégia deve ser utilizada somente quando há uma controvérsia moral entre grupos. Quando o problema é “nós” versus “eles” (Greene 2013, 293-294).

Para encontrar respostas, então, é preciso passar a mente para o “modo manual”, tomando decisões que pressupõem gasto energético e esforço e envolvimento do “eu consciente”. No entanto, ao exigir que as pessoas deem razões para as suas opiniões, a tendência é de que elas se aferrem ainda mais às próprias ideias, e polarizem cada vez mais ao reforçar as próprias opiniões e ao encontrar os grupos que compartilham de suas visões (Greene 2013, 296; Sunstein 2002). Então é preciso focar numa estratégia diferente: não pedir para que as pessoas reforcem seus pontos de vista, mas para que foquem em seus próprios pontos-cego e ignorâncias, contrapondo os grupos demonstrando o que eles ainda não pensaram: focar no *como*, ao invés do *porque*, por exemplo (Greene 2013, 297-298).

Para tentar controlar ou superar nossa tendência tribalista, Greene propõe uma metamoralidade que ajudaria a fazer as escolhas e trocas entre os valores conflitantes dos grupos, sintetizada em seis regras: quando houver uma controvérsia moral, consultar mas não confiar nos instintos; não usar direitos como argumentos; focar nos fatos e fazer com que os demais também foquem; tomar cuidado com a justiça tendenciosa ou enviesada; usar a moeda comum (da felicidade e da imparcialidade); e doar (Greene 2013, 350-353).

Em termos de debates dentro da esfera pública de um regime democrático, isso pressupõe o retorno às quatro teses do pragmatismo democrático. Primeiro, os debates que primam pela democracia podem se dar em qualquer esfera das relações sociais. Os debates entre particulares sobre os problemas da esfera pública podem ser mais proveitosos se as discussões se focarem em encontrar o que há de comum, ao invés de reforçar o que há de divergente. Isso parece um sábio conselho em épocas de debates em redes sociais.

Depois, ao focar no como ao invés do porque, tornamos o debate mais sensível ao contexto. A decisão será tomada considerando os problemas práticos a serem enfrentados, e as lacunas de aplicação acabam permitindo que os grupos aceitem que o outro lado talvez tenha estratégias melhores e respostas mais bem acabadas para o mundo real.

Quanto à terceira tese, é possível aceitar que decisões na esfera pública não sejam as ideais, que levarão a sociedade diretamente ao melhor estado possível. Ao invés disso, é possível pensar que as decisões serão mais ou menos democráticas, enfatizando que a democracia é uma questão de grau, mais que de objetivo final.

¹⁰ Original: “to seek common ground not where we think it ought to be, but where it actually is.” Tradução livre.

Por fim, essas decisões serão necessariamente frágeis, pautadas em um difícil exercício de enfatizar os problemas mais do que os valores e focando no acordo mais do que na defesa absoluta. Isso torna as decisões problemáticas, passíveis de revisão, constantemente à espera do reconhecimento dos pontos-cego que farão com que os grupos deliberem novamente, reconhecendo que a democracia é um processo mais do que um resultado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao compreender que os grupos são diversos em suas opiniões e valores, e que há explicações para essas divergências, é possível seguir dois caminhos: o do pessimismo, que diz que, uma vez que há grupos discordantes, não há nada que se possa fazer para uma convergência à convivência pacífica, e que só resta o apelo à força. E é possível ser otimista e acreditar que há manobras e estratégias que consigam preservar o tecido social e a democracia, a despeito das discordâncias fundamentais entre grupos e pessoas.

Ao abordar um método (o do pragmatismo), ao invés de uma cartilha política com objetivos e finalidades definidos e, inevitavelmente, consoantes a um grupo específico, o objetivo desse trabalho é manter uma posição otimista que esteja do lado das evidências empíricas. As evidências nos mostram que acreditar que todos caminharão naturalmente para as mesmas respostas é no mínimo ingênuo e possivelmente contraproducente. Se há preponderância de motivações tribais na definição dos objetivos políticos, então é preciso ponderar que, ao invés de defender argumentos coerentes, podemos estar apenas defendendo os nossos pares e o nosso grupo, em detrimento de argumentos pretensamente universais.

Ao retirar o aspecto absoluto dos processos democrático e não se focar simplesmente em valores morais, é possível que consigamos superar as profundas discordâncias das sociedades contemporâneas. Aceita-se a precariedade das decisões e o quão enviesados estamos, todos nós, ao discutir o que deve ser feito na esfera pública.

O *como*, e não o *porque*, é o que pode fazer com que fuçamos das encruzilhadas que a polarização tem nos colocado. Talvez o papel da teoria democrática seja o de se aproximar cada vez mais daqueles que se preocupam com a prática cotidiana das decisões e políticas públicas, abrindo mão das certezas e retornando ao que era, originalmente, o papel da filosofia: o de aceitar a ignorância como primeiro passo para o conhecimento.

REFERÊNCIAS

Bloom, Paul. 2014. *O que nos faz bons ou maus*. Traduzido por Eduardo Rieche. Rio de Janeiro: Editora BestSeller, 2ª edição.

- Cunningham, Frank. 2009. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Traduzido por Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed.
- Dahl, Robert A. 2015. *Poliarquia: participação e oposição*. Traduzido por Celso Mauro Paciornik. 1ª edição, 3ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- De Waal, Cornelis. 2007. *Sobre pragmatismo*. Traduzido por Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola.
- Dryzek, John S. 2004. "Democratic Political Theory". In *Handbook of political theory*, edited by Gaus, G. F., & Kukathas, C., p. 143-154. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publication, 2004.
- FGV Notícias. 2014. *Redes sociais retratam eleição mais polarizada da história recente do Brasil, afirma FGV/DAPP*. 29 de Outubro de 2014. Disponível em <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/redes-sociais-retratam-eleicao-mais-polarizada-da-historia-recente-do-brasil-afirma-fgvdapp>>.
- Forsyth, Donelson R. 2010. *Group dynamics*. 5ª edição. Belmont, USA: Cengage Learning.
- Graham, Jesse et al. 2013. "Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism". In: *Advances in Experimental Social Psychology*, editado por Devine, Patricia; Plant, Ashby. Volume 47. Inglaterra: Elsevier, p. 55-130.
- Greene, Joshua. 2013. *Moral tribes: emotion, reason and the gap between us and them*. New York: Penguin.
- Haidt, Jonathan. 2013. *The Righteous Mind: why good people are divided by politics and religion*. New York: Vintage Books.
- Haidt, J., & Joseph, C. 2004. "Intuitive ethics: How innately prepared intuitions generate culturally variable virtues". *Daedalus*, 133(4), 55-66.
- Hare, A. P. 1962. *Handbook of small group research*. New York: Macmillan.
- Hookway, Christopher. 2016. "Pragmatism". In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), editada por Edward N. Zalta. <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/pragmatism/>>.
- Kahneman, Daniel. 2012. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Traduzido por Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva.
- MacGilvray, Eric A. 1999. "Experience as experiment: Some consequences of pragmatism for democratic theory". *American Journal of Political Science*. Vol. 43, No. 2: 542-565.
- Michener, H. A., J. D. DeLamater, and D. J. Myers. 2005. *Psicologia Social*. Traduzido por Eliane Fittipaldi & Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning (Tradução da 5ª Ed. Rev. em inglês publicada em 2003).
- Padrão, Isaltina. 2014. "ONU alerta para subida de extremismo e racismo na Europa". *Diário de Notícias*, 10 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3965013&seccao=Europa>.
- Peirce, Charles Sanders 1878. "How to make our ideas clear". *Popular Science Monthly*, 12 (Jan.):286-302. <<http://courses.media.mit.edu/2004spring/mas966/Peirce%201878%20Make%20Ideas%20Clear.pdf>>
- Peirce, Charles Sanders. 2005. *Semiótica*. Traduzido por José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva.
- Pinker, Steven. 2004. *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Ridley, Matt. 2008. *O que nos faz humanos: genes, natureza e experiência*. Traduzido por Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record.
- Sunstein, Cass R. 2002. "The law of group polarization". *Journal of political philosophy*, v. 10, n. 2, p. 175-195.
- Surowiecki, James. 2006. *A sabedoria das multidões: por que muitos são mais inteligentes que alguns e como a inteligência coletiva pode transformar os negócios, a economia, a sociedade e as nações*. Traduzido por Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Record.
- White, H. 2010. "William James's Pragmatism: Ethics and The Individualism of Others". *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, II/1, 89-99.
- Wilson, Edward O. 2013. *A conquista social da terra*. Traduzido por Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras.

CAPÍTULO 4

RETORNO DO POLÍTICO: CONFLITO E LIBERDADE

Isabela Antônia Rodrigues de Almeida

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o conflito e a liberdade como meios para resgatar o político na modernidade. Para tanto, utilizar-se-á autores como Nicolau Maquiavel e Chantal Mouffe em suas abordagens sobre o conflito, seja entre grandes e o povo, seja o modelo adversarial. O importante é retomar a ação ativa no espaço público, que é plural, definido pela ação e pelo discurso, conforme Hannah Arendt. É pela ação conflituosa que se gera a liberdade, pelo embate entre os discursos que se faz o político.

PALAVRAS-CHAVE: Maquiavel; Mouffe; Conflito; Liberdade; Espaço Público.

POLITICAL RETURN: CONFLICT AND FREEDOM

ABSTRACT: *The aim of this article is to analyze conflict and freedom as means to the return of the political in modernity. To do so, we will use authors such as Nicolau Machiavelli and Chantal Mouffe in their approaches to conflict, such asit between large and the people or the adversarial model. The important thing is to return to active action in public space, which is plural, defined by action and discourse, according to Hannah Arendt. It is by the conflictive action that freedom is generated, by the clash between the speeches that the politician is made.*

KEYWORDS: *Machiavelli; Mouffe; Conflict; Freedom; Public place.*

INTRODUÇÃO

A democracia neoliberal seria o fim da história, como defendido por Fukuyama em uma interpretação peculiar de Hegel, posto que já se chegara ao triunfo da humanidade diante de uma democracia baseada no universalismo e no consenso. Embora esperasse que a harmonia e a paz reinassem, a modernidade encontrou um cenário de eclosão de diversos conflitos, sejam éticos ou religiosos. Além da diversidade de particularismos que desafia a corrente universalista, a política hodierna depara-se com outro desafio: a perda da ação pela fabricação, como defendido por Hannah Arendt¹. Esta constitui a essência humana, mas perde espaço para atividades repetitivas e laboriosas, como o trabalho que garante sobrevivência aos homens inseridos no mundo capitalista.

¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013a.

Nesse sentido, há uma perda do espírito cívico em virtude da perda da ação, e o político é deixado ao controle de poucos, possibilitando a emergência de um cenário de corrupção extrema.

Como retomar o político diante de um panorama que constantemente o renega? A tradição democrática nega o conflito em prol do consenso, mas Rancière vê nele a negação da racionalidade constitutiva da política². Essa racionalidade seria o dissenso, “um mundo comum instituído, tornado comum, pela própria divisão”³. Assim, os tumultos não seriam a guerra de todos contra todos, como um estado de natureza hobbesiano, mas sim um conflito ordenado no qual há a percepção de dois mundos totalmente distintos, de dominantes e de dominados, em busca da racionalidade da ação política que “constrói esses mundos litigiosos, esses mundos paradoxais em que se revelam juntos dois recortes do mundo sensível”⁴

Assim, o político deve ser percebido não como uma ação técnica e laboriosa, não deve ser feito por homens *faber*, mas sim por homens livres. E a liberdade se faz na ação constituída no espaço público. É no embate entre diferentes que ela ocorre, pois ela realiza a ação. Para tanto, recorrer-se-á autores que dedicaram suas obras para a valoração do conflito, como Nicolau Maquiavel e Chantal Mouffe⁵. O primeiro aborda que os conflitos foram a causa da potência da República romana, pois geraram a sua liberdade. O embate entre os grandes e o povo abrirá novas portas para a teoria política, que perceberá que a paz é impossível, e os conflitos, inevitáveis. Eles são necessários para a manutenção do corpo político e sua preservação no tempo, uma vez que produz nos homens a virtú tão valiosa à política. Mouffe abordará como esses conflitos devem ocorrer, por meio não do antagonismo amigo/inimigo, teorizado por Carl Schmitt, que visa à eliminação do outro, mas sim de um modelo adversarial, que consiste na defesa da legitimidade do diferente em abordar suas ideias no espaço público, não como um inimigo a ser eliminado, mas como um adversário.

Pensar o político sob as diretrizes do conflito e da liberdade poderá trazer para a modernidade caminhos para o reconhecimento do político como uma ação de todos os cidadãos, ou melhor, concidadãos, posto que é um coletivo. Retomar o político é considerar que a ação deve ser ativa no espaço público entre adversários legítimos, que objetivam a preservação da *res publica*.

² RANCIÈRE, Jacques. O dissenso. In.: NOVAES, Adauto. *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 368.

³ *Ibidem*.

⁴ *Idem*, p. 375.

⁵ Para fins deste artigo, seguiremos alguns aspectos da obra de Mouffe, mormente a sua concepção do modelo adversarial. Porém, ressaltamos que estamos “com Mouffe e contra Mouffe”, não aderindo todas as ideias da autora.

1. O CONFLITO

A paz é um bem que a humanidade busca constantemente, sem alcançar. Uma análise detalhada da história demonstra que os anos de paz foram ínfimos, comparados aos anos de conflito. Este sempre esteve presente nas sociedades, latente, sempre tentando se exprimir. Nesse sentido, considerar o corpo político como ele se apresenta, o real, sem pensar em uma harmonia ideal, é considerar a importância que o conflito tem para o político. A prática do conflito faz perceptível grupos distintos que tentam se fazer visíveis no espaço público, quando os tumultos são benéficos, caso em que possuem um espaço institucional para se expressarem. Assim, o conflito permite a construção de um mundo comum mediante um embate entre diferentes.

1.1. MAQUIAVEL: CONFLITO E LIBERDADE

Nicolau Maquiavel inova a teoria política de seu tempo ao descon siderar os modelos ideais, muito valorizados na tradição política até esse período, para tratar da verdade efetiva das coisas: “Porém, sendo meu inten to escrever uma coisa útil para quem a escuta, parece-me mais conveniente seguir a verdade efetiva da coisa do que a imaginação sobre ela”⁶. Ao pensar as coisas como elas são, o secretário florentino trilha um caminho ainda não explorado⁷ para analisar uma nova teoria política, mesmo que para isso ele tenha que correr riscos⁸.

O mundo das relações humanas, delineado pelo autor, possui traços inarredáveis que não podem ser esquecidos⁹. Nesse sentido, ao iniciar as suas reflexões, Maquiavel alerta sobre os parâmetros a partir dos quais se deve pensar o político e as instituições estatais, visando à compreensão destas nas instâncias do poder e do estabelecimento do bem comum na comunidade po lítica. Desse modo, o secretário florentino “não se cansa de advertir o leitor de

⁶ MACHIAVELLI, Niccolò. *O Príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 75.

⁷ “Ainda que, devido à natureza invejosa dos homens, sempre tenha sido tão perigoso encontrar modos e ordenações novos quanto procurar águas e terras desconhecidas – por estarem os homens sempre mais prontos a censurar do que a louvar ações alheias –, assim mesmo, levado pelo natural desejo que em mim sempre houve de trabalhar, sem nenhuma hesitação, pelas coisas que me pareçam trazer benefí cios comuns a todos, deliberei entrar por um caminho que, não tendo sido trilhado por ninguém, se me trazer enfados e dificuldades, também me poderá trazer alguma recompensa, por meio daqueles que consideram com humanidade os objetivos deste meu labor”. MACHIAVELLI, Niccolò. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. MF; Martins Fontes, 2007, p. 5.

⁸ BIGNOTTO, Newton. Introdução aos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio de Maquiavel. In.: MACHIAVELLI, Niccolò. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. op. cit. p. XXVI.

⁹ *Idem*, p. XXVII.

que os homens são maus e estão sempre prontos a agir contra as leis, quando tem ocasião”¹⁰. Referida afirmação remete a uma “antropologia negativa” que, segundo Bignotto, seria um artifício para um cálculo, uma pressuposição da análise política que o legislador terá que lidar¹¹. Ao propor tal engenho, o autor tem como objetivo diminuir as ações da *Fortuna* e a ação do tempo na elaboração das leis que servem a República e são respeitadas por seus membros. A “*Fortuna* é uma presença constante na vida pública, uma força que muda o rumo dos acontecimentos nos momentos cruciais”¹². Assim, o que Maquiavel revela é a inerente característica do político: a contingência. Ao argumentar sobre os apetites insaciáveis do povo e sobre as paixões mais intensas, como o medo e a inveja, ele mostra os caminhos que o legislador deve tomar para pensar em um regime que se perpetue no tempo.

Destarte, o desejo é característico do ser humano, de sua natureza. Ele é insaciável¹³ e possui uma natureza distinta no corpo político. Por isso é caracterizado pela cisão entre os grandes e o povo: “Pois, em todas as cidades, existem esses dois humores diversos¹⁴, que nascem da seguinte razão: o povo deseja não ser comandado nem oprimido pelos grandes, enquanto os grandes desejam comandar e oprimir o povo”¹⁵. Dois humores com naturezas distintas de seus desejos caracterizados: um positivamente pelo anseio de dominar, e o outronegativamente, não querendo ser dominado. No entanto, mesmo que

¹⁰ BIGNOTTO. Introdução aos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio de Maquiavel. *op. cit.*, p. XXVIII. “Quem estabelece uma república e ordena suas leis precisa pressupor que todos os homens são maus [rei] e que usarão da malignidade de seu animo sempre que para tanto tiverem ocasião; e que quando alguma maldade se oculta por algum tempo, assim por alguma razão oculta que não se conhece porque não se teve experiência do contrário; mas essa razão um dia é posta a descoberto pelo tempo, que, segundo dizem, é o pai da verdade.” MACHIAVELLI. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio. op. cit.*, p. 20.

¹¹ “Assim a maldade não é uma categoria ontológica, e sua descrição fenomenológica é apenas uma pressuposição, que deve ser levada em conta no momento em que se dispõe a criar novas fórmulas. Trata-se, portanto de um cálculo, que permite ao legislador reduzir o número de variáveis com as quais terá de lidar num momento em que todas as referências estão em questão.” BIGNOTTO, Newton. A antropologia negativa de Maquiavel. *ANALYTICA*. Rio de Janeiro, v.12, nº 2, 2008, p. 77-100, p. 92-93.

¹² BIGNOTTO. Introdução aos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio de Maquiavel. *op. cit.*, p. XXIX.

¹³ “Além disso, visto que os apetites humanos são insaciáveis, porque, tendo os homens sido dotados pela natureza do poder da vontade de desejar todas as coisas e pela fortuna de poder conseguir poucas, o resultado é o contínuo descontentamento nas mentes humanas e o fastio das coisas possuídas [...]”. MACHIAVELLI. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio. op. cit.*, p. 180.

¹⁴ A definição dos humores que Maquiavel trabalha tem como o desejo dos nobres como positivo e, o desejo do povo como negativo, conforme explica Adverse: “Quanto à natureza dos humores, o que podemos aprender imediatamente é que o desejo dos grandes é positivo porque determinado, ao passo que o desejo do povo, indeterminado, seria negativo: antes de mais nada, o povo exige apenas ‘não ser oprimido’.” ADVERSE, Helton. Maquiavel, a República e o desejo de liberdade. *Trans/Form/Ação*, São Paulo, v.30, n. 2, p. 33-52, 2007, p. 36.

¹⁵ MACHIAVELLI. *O Príncipe. op. cit.*, p. 45.

seu desejo do povo seja caracterizado negativamente, ele não é passivo, pois pressupõe uma ação política de defesa, ou melhor, é uma “exigência de participação política sem igualar ao desejo de dominar, mas acionando-o mais uma vez com aquilo que limita e que é limitado por esse próprio desejo (o de não dominar)”¹⁶. É imprescindível acrescentar que, mesmo sendo opostos, os desejos não se anulam, uma vez que são de naturezas distintas¹⁷. Eles se afirmam na presença do outro, garantindo-lhes identidade.

A identidade dos contrários é também sua exclusão mútua: ela não é dada pela e na sua reunião, sua adição, ou sua fusão, mas através de sua divisão. Ela não é, pois, a identidade originária de uma essência que se afirmaria a priori na sua relação a si; mas ela é esta singular ‘unidade’ que faz com que um contrário não exista jamais em si mesmo ou por si mesmo sem que a existência de ‘seu’ contrário não esteja conjuntamente implicado nele, de maneira intrínseca e não extrínseca. Se diria ainda a identidade, o que não é nada mais do que a diferença.¹⁸

Assim, o conflito entre os dois humores gera um embate ativo na cena pública, ato imprescindível para o regime republicano na perspectiva trabalhada por Maquiavel. É no público que a ação política se efetiva. Dessa forma, o corpo político da cidade é caracterizado por essa cisão, e o apelo à paz não mudará este fato: “Os conflitos que dividem a cidade não são apenas necessários, mas saudáveis”¹⁹. No entanto, imperioso ressaltar que o secretário de Florença não faz elogios desmedidos aos conflitos, não defende uma guerra civil, mas os avalia em seus pontos positivos e negativos. Para ele, os conflitos foram a causa da grandeza da República romana. Para tanto, Roma garantiu um lugar para que fossem travados, um lugar institucional reconhecido legitimamente. Eles devem fazer parte da cidade, devem se expressar, mas precisam de regras e limites para que ocorram²⁰.

Direi que quem condena os tumultos entre os nobres e a plebe parece censurar as coisas que foram a causa primeira da liberdade de Roma e considerar mais as assuadas e a grita que tais tumultos nasciam do que os bons efeitos que eles geravam; e não consideravam que em toda república há dois humores diferentes, o do povo, e o dos grandes, e que todas as leis que se fazem em favor da liberdade nascem da desunião deles.²¹

¹⁶ ADVERSE. Maquiavel, a República e o desejo de liberdade. *op. cit.*, p. 41.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Macherey citado por Gaille-Nikodimov. GAILLE-NIKODIMOV, Marie. *Conflit civil et liberté: la politique machiavélique entre histoire et médecine*. Paris: Honoré Champion, 2004. Tradução para uso pessoal feita pelo Prof. José Luiz Ames.

¹⁹ BIGNOTTO. Introdução aos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio de Maquiavel. *op. cit.*, p. XXXV.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ MACHIAVELLI. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. *op. cit.*, p. 21-22.

O sucesso de Roma foi a garantia de sua liberdade mediante um embate institucional entre humores diversos. E a liberdade é resultado de uma luta na qual nunca poderá ser extinta, pois, caso o seja, significará a perda do político. Ela é a “capacidade de acolher as forças que, não podendo ser satisfeitas, não deixam de buscar meios de se exprimir”²². Desse modo, a liberdade, defendida por Maquiavel, é uma liberdade política, de ação, na qual o povo utiliza o espaço público para que possa ser ouvido pelos outros, por aquele que lhe garante a identidade, sendo seu oposto. É no embate com o outro que o cidadão se faz livre, pois é por meio do debate público que as pautas são colocadas. Mesmo que estejam relacionadas a desejos distintos, elas precisam ser discutidas, porque é uma comunidade. Conforme Gaille-Nikodimov, “o sentido autêntico de *civis* não é cidadão, mas concidadão. Levando em consideração o valor da reciprocidade inerente às *civis*, é preciso, pois, entender *civitas* como uma noção coletiva”²³. Nesse sentido, o cidadão não é percebido como um indivíduo, mas como um membro de uma comunidade, um conjunto de cidadãos²⁴.

É na presença da comunidade, por meio de diferentes anseios que se embatem no espaço público, que o conflito se expressa. E o resultado desta expressão é a liberdade, uma vez que ela se faz na ação, no enfrentamento do outro. Indubitavelmente, esse enfrentamento deve ser feito diante de um meio institucional. Por meio das leis os tumultos podem ser regulados para que não se degenerem em facções e acabem com o corpo político. E quando os tumultos são positivos e geram a liberdade, consequentemente produz nos cidadãos uma *virtù* egrégia, haja vista que os indivíduos são colocados a manifestar a sua boa educação. Em uma república, os grandes exemplos de *virtù* “nascem da boa educação; a boa educação, das boas leis; e as boas leis, dos tumultos que mundos condenam sem ponderar”²⁵. Isto posto, as leis e as ordenações, juntamente com os bons exemplos de *virtù*, colaboram para a valorização dos conflitos, que tem como fim a manutenção do bem comum e da preservação da ação política definida pela *virtù*.

A lei é a expressão da liberdade. O embate entre os diferentes desejos no espaço institucional que originam essa liberdade não são uma entidade metafísica: “Os tumultos romanos não são tumultos abstratos, uma simples categoria analítica, mas o retrato vivo da história da constituição de uma

²² BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo: Loyola, 1991, p. 86.

²³ GAILLE-NIKODIMOV, Marie. *Conflit civil et liberté*. *op. cit.* p.2.

²⁴ “A primeira é sua concepção do corpo do corpo político: o cidadão jamais é visado como um indivíduo, mas apreendido nas agregações, nos grupos, definidos por uma unidade de comportamento e de interesses; a cidade não é concebida como um todo composto de partes, mas como um conjunto de fronteiras instáveis, moventes e evolutivas”. *Idem*, p. 2-3.

²⁵ MACHIAVELLI. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. *op. cit.*, p. 22.

sociedade livre”²⁶. Eles expressam a *verittà effettuale*, ou seja, exprime os sentimentos, as emoções do povo, bem como sua razão. A lei não revela somente a razão, mas também as emoções que se canalizam institucionalmente para a promoção do bem comum daquela cidade. É o político aliado ao direito, é o *ius* e a *libertas*. As leis que regulam institucionalmente os conflitos não visam ao aprisionamento da irracionalidade que expressam, mas tentam criar para eles uma racionalidade²⁷. Dessa forma, na promoção do bem comum, essa relação entre conflitos e instituição expressa o ser humano na sua ambiguidade: entre racional e irracional, ou melhor, entre o estado de natureza e o estado civil.

Il a été montré en effet que le Florentin trouve dans le conflit déjà bien autre chose que le pur et simple antagonisme: celui-ci porte en lui-même la promesse d’un monde commun. Machiavel pose le principe de la lutte, et passe au-delà, mais *sans jamais l’oublier*: dire que l’antagonisme est déjà coexistence, c’est souligner qu’il n’y a pas de rupture radicale entre l’état de nature et l’état social, que dans le premier s’esquisse déjà une vie sociale, et que le second ne peut viser la complète suppression du conflit²⁸.

Exteriorizado institucionalmente, o tumulto gerado pelos distintos humores garante que não seja estendida sua manifestação por meio de uma violência armada ou pela criação de facções. O outro possui o mesmo direito de se manifestar no espaço determinado e é essa igualdade política, também de direito, que mantém o corpo político coeso. O conflito não pode se fundar na eliminação do outro, como pensado por Carl Schmitt, pois o outro deve ter o seu direito de se expressar garantindo, sem temer ser suprimido. Devido a isso, Maquiavel argumenta que a defesa da liberdade deve ser deixada nas mãos do povo, como seu fiel guardião, uma vez que, não querendo dominar, não deixará que ninguém usurpe a tão preciosa liberdade.

E sem dúvida, se considerarmos o objetivo dos nobres e o dos plebeus [*ignobili*], veremos naqueles grande desejo de dominar e nestes somente o desejo de não ser dominados e, por conseguinte, maior vontade de viver livres, visto que podem ter menos esperança de esperança de usurpar a liberdade do que os

²⁶ BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. *op. cit.*, p. 87.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ AUDIER, Serge. *Machiavel, conflit et liberté*. Paris: Vrin/ EHESS (contexts), 2005, p. 223. (Demonstrou-se que o florentino encontra no conflito algo bem diferente do antagonismo puro e simples: o último carrega dentro de si a promessa de um mundo comum. Maquiavel estabelece o princípio da luta e vai além dela, mas sem nunca esquecê-la: dizer que o antagonismo já é convivência é apontar que não há ruptura radical entre o estado de natureza e o estado social, que no primeiro já está esboçado uma vida social e que o segundo não pode visar a supressão completa do conflito) (Tradução nossa).

grandes; de tal modo que, sendo os populares encarregados da guarda de uma liberdade, é razoável que tenham mais zelo e que, não podendo eles mesmos apoderar-se dela, não permitirão que os outros se apoderem²⁹.

Destaca-se a distinção entre a concepção de conflito de Carl Schmitt e Maquiavel. Para o primeiro, o conflito é “uma ordem negada, na ótica de uma soberania que é portadora de ordem própria porque capaz de chegar ao extremo em seu espasmo decisionístico”, ao passo que o segundo “aceita o conflito enquanto constitutivo da política como um fato humano coletivo”³⁰. Para Schmitt, o Estado é responsável pela manutenção da ordem jurídica e a conservação do corpo político ao definir o amigo/inimigo. O conflito é que instaura o político no momento da ordem, quando atinge um determinado grau. Para Maquiavel, o conflito é a essência da vida política, é natural a todo corpo político³¹. O antagonismo é a confluência entre liberdade e conflito, que exige uma participação ativa dos cidadãos.

O conflito não tem uma causa determinada, ele está latente e presente no corpo político. É ele que mantém a ordem, haja vista que a conservação das instituições e a perpetuação do tempo exigem a existência de boas leis e de cidadãos com *virtù* para que consigam agir na astúcia da *Fortuna*. Como âmago da estrutura política, os tumultos geram a liberdade. Eles exigem uma ação ativa no espaço público, mas também exigem o reconhecimento do outro como legítimo na composição desse espaço. Não é a eliminação do outro, mas a garantia de que possa se expressar. Maquiavel contribuiu para o pensamento político com originalidade, ao considerar a importância dos conflitos para a política. Na Modernidade eles foram esquecidos pelo pretense consenso, pela perda da ação no âmbito público para a atividade laboriosa, técnica. Os indivíduos pararam de lutar e de se considerarem como participantes ativos do espaço que lhes pertencem. Somente na ação ativa no espaço público, evidenciada pelo dissenso, que o político se faz.

1.2. CHANTAL: O MODELO ADVERSARIAL

Maquiavel apontou o conflito como constitutivo do político, porém é uma exceção na tradição política que o precedeu (da Antiguidade e da Idade Média) e que o sucedeu. Somente com as experiências proporcionadas pelas democracias modernas que, por um lado, permitiram um inédito espaço de diálogo entre diferentes partes da sociedade, e por outro, enfrentam sérios limites e fracassos,

²⁹ MACHIAVELLI. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. op. cit., p.24.

³⁰ ADVERSE, Helton. Schmitt e Maquiavel: da técnica ao conflito. *Veritas*, Porto Alegre, v.61, n. 1, jan-abr., 2016, p. 26-49; p. 42.

³¹ *Idem*, p. 43.

é que seus intérpretes contemporâneos começaram a retomar o questionamento sobre as possibilidades do consenso. Entretanto, a análise da democracia moderna levou autores a contestarem se realmente o consenso poderia canalizar as paixões humanas. E a resposta foi negativa, uma vez que o cenário hodierno é de perda do político, pois, não sendo um local que incentiva a participação ativa dos seus cidadãos, dialeticamente, o político tornou-se desinteressante, técnico, renegado aos especializados. Carl Schmitt e Chantal Mouffe, por exemplo, perceberam que a democracia moderna, especialmente a liberal, não conseguia suprir o político, uma vez que “suas instituições são percebidas como simples técnicas instrumentais para a escolha de governantes, é pouco provável que pudessem ser asseguradas com um tipo de adesão popular que garantisse uma efetiva participação na vida democrática”³². O desmoronamento da vida política é o preço que se paga ao acreditar na neutralização dela própria.

Schmitt argumenta que o político deve ser pensado a partir de categorias especificamente políticas, que é a diferenciação amigo/inimigo. O inimigo não é moralmente mau, não é necessário que seja esteticamente feio ou um concorrente econômico. Ele é justamente o outro desconhecido e diferente³³, só pode existir enquanto inimigo público, e não privado, posto que está relacionado com um “conjunto de pessoas em combate” e tudo aquilo que se relaciona com referido conjunto é público³⁴. Assim, essa contraposição política é extrema e só é resolvido pelos entes que participam. É um conceito que só pode ter sentido no real, ou melhor, “os conceitos de amigo, inimigo e combate adquirem seu sentido real pelo fato de que se referem especialmente à real possibilidade de morte física e mantêm esta referência”³⁵. É uma guerra que se realiza pela negação do outro ser³⁶.

Como apresentado no tópico anterior, o conflito na concepção de Schmitt é distinto de Maquiavel, e também será de Mouffe. O conflito é característico do político para Maquiavel e Mouffe, enquanto para Schmitt toma forma a partir da decisão estatal que determina o inimigo, sendo “ao mesmo tempo, interno e externo à ordem política: esta é a resposta à ameaça de desordem e destruição (exterioridade), mas é também o que assegura a tensão propriamente política no âmbito de uma comunidade (interioridade)”³⁷. Mas o que há em comum nesses autores, além da valorização do conflito, é a

³² MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Cad. Esc. Legsl, Belo Horizonte, v.1,n.2, p. 87-108, jul/dez. 1994, p. 92.

³³ SCHMITT, Carl. *O conceito do político/ Teoria do Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 28.

³⁴ *Idem*, p. 30.

³⁵ *Idem*, p. 35.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ ADVERSE. Schmitt e Maquiavel: da técnica ao conflito. *op. cit.*, p. 43.

construção da identidade de um “nós” a partir de um “eles”: “Os pontos culminantes da grande política são, simultaneamente, os momentos em que o inimigo é avistado como tal como uma concreta nitidez”³⁸. Assim, é por meio do reconhecimento do outro que se afirma um eu, e desse modo que ocorre o político, por meio do embate entre diferentes, que somente se afirmam na presença do outro.

Para Schmitt, o conflito possui uma finalidade trágica, pois coloca em questão o destino do ser humano que no embate político, que consistirá na aniquilação do inimigo será extinto. Nesse caso, o inimigo é uma ameaça para o Estado, este que o delinea ao afirmar a sua identidade. Para garantir a unidade política, a homogeneidade, o outro é eliminado em uma guerra entre diferentes. Mouffe irá discordar vigorosamente dessa teoria, de modo que, em suas obras, afirma estar “com Schmitt e contra Schmitt”. Ela segue a ideia da diferenciação do “nós/eles” do autor, mas modifica a ideia da eliminação do diferente, aquele que nega a identidade do “eu”. Diante dessa relação antagonística, a autora sugere uma relação agonística, ou seja, entre adversários que possuem um vínculo comum “para que elas [as partes] não tratem seus oponentes como inimigos que devem ser erradicados nem considerem que suas pretensões são ilegítimas”³⁹, eles admitem que não há uma solução para o conflito e reconhecem a legitimidade do outro de se expressar.

Se por um lado queremos reconhecer a permanência da dimensão antagonística do conflito, e por outro permitir a possibilidade de que ele seja “domesticado”, é necessário considerar um terceiro tipo de relação. É esse tipo de relação que sugeri chamar de “agonismo”. Enquanto o antagonismo é uma relação nós/eles em que os dois lados são inimigos que não possuem nenhum ponto em comum, o agonismo é uma relação nós/eles em que as partes conflitantes, embora reconhecendo que não existe nenhuma solução racional para o conflito, ainda assim reconhecem a legitimidade de seus oponentes. Eles são “adversários”, não inimigos. Isso quer dizer que, embora em conflito, eles se consideram pertencentes ao mesmo ente político, partilhando do mesmo espaço simbólico dentro do qual tem lugar o conflito⁴⁰.

Destarte, a categoria “inimigo”, em Mouffe, é deslocada para aqueles que não se condescendem com as “regras do jogo” político, conseqüentemente, excluem-se a si próprios da comunidade⁴¹. Os inimigos são aqueles que se omitem da participação ativa no espaço público, do político. Ademais, a esfera “adversário” não elide o antagonismo, pois “ainda que acordos sejam

³⁸ SCHMITT. *O conceito do político/ Teoria do Partisan*. op. cit., p. 73.

³⁹ MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. WMF Martins Fontes, 2015, p. 18-19.

⁴⁰ *Idem*, p. 19.

⁴¹ MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. Ana Cecília Simoes. Portugal: Gradiva. 1996, p. 15.

necessários na política, ou em outras palavras, que os adversários cessem de discordar, os acordos não são a superação do antagonismo, e sim interrupções temporárias de uma confrontação contínua⁴². Por conseguinte, o consenso é provisório e precário, pois, devido às contingências do político, aquele pode ser eliminado facilmente por outras ideias advindas do consenso efêmero: “Todo consenso se baseia em atos de exclusão, [...] revela a impossibilidade de um consenso ‘racional’ plenamente inclusivo”⁴³. As ideias que não foram atendidas ao considerar as pautas poderão novamente entrar em embate com outras ideias, garantindo a multiplicidade do espaço público⁴⁴.

É imperioso ressaltar que não deve haver uma divergência em todos os pontos, como os princípios de uma comunidade política. Estes devem estar em consonância com todos os membros, de modo que mesmo tendo interpretações diversas, ainda são leais aos princípios do corpo político, a exemplo da liberdade e da igualdade⁴⁵. Isto posto, para que o conflito não destrua o político diante desses dissentimentos, uma vez que cada cidadão possui a sua interpretação sobre o “bem comum”, deve haver instituições que possam canalizar esses sentimentos. A unidade está nelas, na *res publica*. Maquiavel traz esse pensamento em sua obra, defendendo que deve haver instituições que possam encanar os tumultos, incentivando o debate públicoativo e o amor à pátria, o que significa amor as instituições e ao bem comum. O conflito não enlanguesce a lealdade para com a *res publica*, mas sim a fortalece: “O comprometimento com a *res publica* é diretamente proporcional ao envolvimento efetivo com o debate aberto dos interesses divergentes: a participação direta e ativa faz cada membro sentir-se parte inseparável da *res publica*”⁴⁶. É necessário, então, que haja uma identificação entre os cidadãos com as instituições, que exista uma participação direta e uma cultura cívica que construa bons costumes e o amor à pátria nos corações dos cidadãos.

Outrossim, mesmo que cada cidadão possua a sua própria ideia de bem comum, há uma que converge em todas as concepções: uma tarefa, um cuidado com o público, uma vez que ninguém pode se apropriar dele. O público deve ser preservado para que todos que tenham direito de possuí-lo possam fazê-lo sem o receio de alguém usurpá-lo para si. É esse público que se desen-

⁴² AMES, José Luiz. Republicanismo conflitual e agonismo democrático pluralista: um diálogo entre Maquiavel e Chantal Mouffe. *Princípios: Revista de Filosofia*, Natal (RN), v. 19, n. 31, Jan/Jun, p. 209-234, 2012, p. 225.

⁴³ MOUFFE. *Sobre o político*. *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ “Em política, sempre existem, pois, vencedores e vencidos, mas não de modo tal que esta relação não possa ser a qualquer momento revertida”. AMES. Republicanismo conflitual e agonismo democrático pluralista: um diálogo entre Maquiavel e Chantal Mouffe. *op. cit.*, p.227.

⁴⁵ MOUFFE, Chantal. *The democratic Paradox*. London: Verso. 2009, p. 103.

⁴⁶ AMES. Republicanismo conflitual e agonismo democrático pluralista: um diálogo entre Maquiavel e Chantal Mouffe. *op. cit.*, p 229-230.

volvem os laços afetivos entre amigo/inimigo, que sem isso não poderia ocorrer qualquer relação⁴⁷. O inimigo não é aquele que “rouba” o espaço público e ameaça a identidade do “nós” constantemente, mas sim o adversário que possui o direito de estar ali, posto que como o “nós”, possui o mesmo zelo com o espaço que lhe pertence.

Destarte, os membros da comunidade política se reconhecem na unidade da *res publica*, de maneira que suas identidades são definidas na defesa do bem comum: como cidadãos ativos no espaço público. É uma cidadania criada a partir de uma identidade política com a unidade política da *res publica*, cidadania distinta do modelo liberal no qual cidadão é “um recipiente passivo de direitos específicos que goza da proteção da lei”⁴⁸. Ele é parte ativa da comunidade e percebe que os direitos não são postos e esquecidos, mas fazem parte de uma luta contínua de reafirmação, assim como todo o político. Ligados pelos valores políticos e morais da *res publica*, os cidadãos preservam suas instituições, ou “a política”⁴⁹, com o fim de preservar-se no tempo, de desvelar sua preciosa liberdade, pois “embora sendo possível em todos os lugares, é uma flor rara, que depende de condições especiais”⁵⁰. Um povo corrompido, que não mais participa ativamente do espaço público, não pode viver livre. A liberdade está relacionada com o bem comum da comunidade, na qual os sujeitos são concebidos enquanto coletivo, como concidadãos.

2. ESPAÇO PÚBLICO E LIBERDADE

Indubitavelmente, é essencial para a política a presença de um conflito agonístico, que preserve os entes em combate. Mas é também importante considerar o espaço que ele ocorre, o espaço público. Para isso, a concepção de Hannah Arendt sobre o tema faz-se indispensável⁵¹. A autora da *A condição*

⁴⁷ MOUFFE. *Sobre o político*. op. cit., p. 27.

⁴⁸ MOUFFE. *O regresso do político*. op. cit., p. 95.

⁴⁹ Mouffe faz uma diferenciação importante entre política e político: “Mais precisamente, é assim que diferencio ‘o político’ da ‘política’: entendo por ‘o político’ a dimensão de antagonismos que considero constitutiva das sociedades humanas, enquanto entendo por ‘política’ o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político.” MOUFFE. *Sobre o político*. op. cit., p. 8.

⁵⁰ BIGNOTTO. *Maquiavel republicano*. op. cit., p. 200.

⁵¹ Utilizamos as ideias das autoras Chantal Mouffe e Hannah Arendt em seus aspectos mais significativos. Por isso, mesmo que Mouffe declare que “o principal problema com o entendimento agonístico de Arendt é, para resumir, um ‘agonismo sem antagonismo’. Ao colocar muita ênfase na pluralidade humana e destacar que a política lida com a comunidade e a reciprocidade de seres humanos que são diferentes, Arendt nunca reconhece a pluralidade como a origem de conflitos antagonísticos. Em sua opinião, pensar politicamente é desenvolver a habilidade de ver as coisas a partir de perspectivas múltiplas”. MOUFFE, Chantal. Quais espaços públicos para práticas de arte crítica? Trad. Natália Quinderé. *Arte & Ensaios: Revista do ppgav/UFRJ*, n. 27, dez. 2013, p. 181-199, p. 189. Para nós, as ideias dessas autoras não se

humana apresenta três elementos constitutivos da *vita activa* e que são atividades humanas elementares: o trabalho, a obra e a ação. Assim, destaca-se o papel da ação como atividade que só pode ser exercida na presença de outros, ou melhor, no coletivo: “Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens”⁵². Ela é exclusiva do homem e seu exercício no coletivo não é pela mera companhia natural, da necessidade biológica do ser humano, mas se faz com o *bios politikos*: ação e discurso. A ação no espaço público faz do homem um ser político.

Percebe-se, dessa maneira, que a ação está aliada aos discursos no espaço público. Eles são “coevos e iguais”, pois, sendo de mesma categoria, as ações políticas, em sua maioria, são feitas pela palavra, enquanto estão longe do universo da violência, “mas fundamentalmente, que o ato de encontrar as palavras certas no momento certo, independentemente da informação ou comunicação que transmitem, constitui uma ação”⁵³. Assim, não é a palavra como uma simples resposta, mas um ato de persuasão. As ideias são postas não pela violência, mas pelo convencimento. E por meio do embate entre elas rompem a hegemonia, que poderá ser interrompida por outra hegemonia. Nesse sentido, o conflito entre os diferentes grupos é feito mediante o embate dos discursos, a ação no espaço público que se torna notória, desvela o ser que se faz ouvido.

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção. Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. Sinais e sons seriam suficientes para a comunicação imediata de necessidades e carências idênticas⁵⁴.

Destarte, a igualdade entre os diferentes humores é um ponto importante para a manutenção do político. Entretanto, tal igualdade deve ser uma igualdade política, defendida por Maquiavel⁵⁵ e por Mouffe, fundada no fato

excluem, mas se complementam, uma vez que Mouffe traz a valorização do conflito como constitutivo da política, enquanto Arendt traz a ação.

⁵² ARENDT. *A condição humana*. op. cit., p. 26.

⁵³ *Idem*, p. 31.

⁵⁴ *Idem*, p. 219-220.

⁵⁵ “As repúblicas nas quais se manteve a vida política não suportam que nenhum de seus cidadãos se apresente nem viva como gentil-homem; aliás, mantêm a igualdade entre seus concidadãos sendo grandes inimigos dos senhores e gentis-homens que existem naquela província.” MACHIAVELLI. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. op. cit., p. 161.

de pertencer a uma determinada comunidade⁵⁶. É a concepção de considerar legítimo o opositor, como adversário. É, assim, pelo conflito, que os cidadãos se revelam, pela igualdade política que compreendem os outros, mesmo não concordando. A ação e a palavra aumentam a pluralidade em razão de revelar uma distinção única entre os indivíduos: “É com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano”⁵⁷.

A política é a ação no mundo, é o aparecer do indivíduo que desvela o seu conteúdo. Também irrompe a liberdade, na forma mais pura. Ela é ação⁵⁸, de forma que razão da política é liberdade, que é vivida fundamentalmente na ação. É diante da participação política, da publicidade das ações, que é imortalizado o agir político, pois a ação expressa um princípio, nem antes e nem depois, mas no momento⁵⁹. São começos que sempre criam novos espaços, um novo campo da política, esta que é contingência, que coloca os homens são colocados à prova para provarem sua *virtù* diante da *Fortuna*, bem como defenderem o bem público diante da corrupção.

Somente há liberdade no agir, porquanto efetiva o seu exercício. No conflito é que ela se presentifica, na ação no âmbito público. Ela é a manifestação das lutas entre os adversários, entre as ideias hegemônicas. É a ação contínua que desenvolve a *virtù* do cidadão, preserva o *vivere civile* e domina o processo de corrupção. Somente na atividade o homem opera sua capacidade criativa. Para tanto, é necessária uma estrutura institucional para que desafoguem os conflitos e preserve a ação no tempo: “A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança [*remembrance*], ou seja, para a história”⁶⁰. Nesse ínterim, ela se desvela no espaço e requer “para o seu pleno aparecimento, a luz intensa que outrora tinha o nome de glória”, possível somente no espaço público, na presença dos outros, os concidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diagnóstico da Modernidade é que os cidadãos não participam mais ativamente do ambiente público. A política é deixada para os especia-

⁵⁶ MOUFFE. *O regresso do político. op. cit.*, p. 173.

⁵⁷ ARENDT. *A condição humana. op. cit.*, p. 221.

⁵⁸ Assim, pode-se dizer que a liberdade possui uma relação intrínseca com a política e a ação, conforme Arendt: “pois ação e política, entre todas as capacidades e potencialidades da vida humana, são as únicas coisas que não poderíamos sequer conceber sem ao menos admitir a existência da liberdade, e é difícil tocar em um problema político particular sem, implícita ou explicitamente, tocar em um problema de liberdade humana” ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 7ª edição. Perspectiva, 2013b, p. 191-192.

⁵⁹ BIGNOTTO, Newton. Totalitarismo e liberdade no pensamento de Hannah Arendt. In.: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.). *Hannah Arendt: Diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 116

⁶⁰ ARENDT. *A condição humana. op. cit.*, p. 10.

lizados, que muitas vezes não usufruem dela em sua totalidade. Para um pleno gozo da liberdade, é necessária a presença ativa dos outros cidadãos, um debate constante. Mas não somente isso, o conflito precisa ocupar o espaço que lhe é de direito. Ele foi renegado ao esquecimento, uma vez que acusavam dele “destruir” o político. Nicolau Maquiavel e Chantal Mouffe apresentam a contestação desta afirmativa que permeou grandes momentos da história. Assim, o conflito não é apenas constitutivo do político, mas lhe é imprescindível. Os tumultos de Roma foram a sua grandeza, como defende o secretário florentino. Somente no conflito que se pode conceber a liberdade.

No entanto, a liberdade é gerada por um conflito que não é pernicioso ao político. Os autores não fazem o elogio desmedido do conflito, mas aqueles que preservam o político. Nesse sentido, o embate não é entre amigo e inimigo, como defendido por Carl Schmitt, que visa à eliminação do outro. O conflito deve ser entre adversários, que não precisam concordar com a posição do outro, mas o legítima ocupar o espaço público. É um embate entre vencedores e vencidos, que por ora ocupam um espaço do poder, que é um local vazio, mas estão em constante ameaça para serem tomados por outra hegemonia. É uma ação contínua, de debates e atos que se manifestam no espaço público, entre diferentes tipos de ideias, que procuram ocupar um lugar temporário no poder.

É imperioso ressaltar o papel das instituições nesse embate. Dessa maneira, é preciso que existam instituições que preservem o político canalizando os conflitos, para que eles não destruam o espaço da ação. As leis que o regulam não o limitam, mas lhe conferem racionalidade. Assim, demonstra-se a dualidade humana: entre razão e paixão, e é esse o cenário do político. São ações reais, efetivas, e não abstrações. Elas incentivam a preservação do político, fazem com que os homens possuíssem a *virtù*, ou melhor, o modo como agir na contingência, diante da *Fortuna*. Há um consenso entre os cidadãos, que seria sob que princípios eles devem seguir na *res publica*: a liberdade, a igualdade e o bem público. Cada um pode ter uma interpretação, mas o cerce do conceito concedido dialeticamente no espaço público ativa nos corações dos indivíduos o amor pela pátria, pelo político de forma que eles defendem assiduamente o bem maior que lhes pertence.

Pretendeu-se demonstrar como os conflitos são cruciais para a retomada do político na modernidade. Sem perder pelo mero fazer, o homem deve desenvolver sua ação em um espaço instituído constitucionalmente. A liberdade só poderá ser experimentada na ação efetiva, posto que ela é política, e a política é liberdade. É na participação ativa, diante da isegoria e da isonomia, que o político se faz, no conflito e na liberdade, no *vivere civile*.

REFERÊNCIAS

- ADVERSE, Helton. Maquiavel, a República e o desejo de liberdade. *Trans/Form/Ação*, São Paulo, v.30, n. 2, p. 33-52, 2007.
- _____. Schmitt e Maquiavel: da técnica ao conflito. *Veritas*, Porto Alegre, v.61, n. 1, jan-abr., 2016, p. 26-49.
- AMES, José Luiz. Republicanismo conflitual e agonismo democrático pluralista: um diálogo entre Maquiavel e Chantal Mouffe. *Princípios: Revista de Filosofia*, Natal (RN), v. 19, n. 31, Jan/Jun, p. 209-234, 2012.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013a.
- _____. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 7ª edição. Perspectiva, 2013b.
- AUDIER, Serge. *Machiavel, conflit et liberté*. Paris: Vrin/ EHESS (contexts), 2005.
- BIGNOTTO, Newton. A antropologia negativa de Maquiavel. *ANALYTICA*. Rio de Janeiro, v.12, nº 2, 2008, p. 77-100.
- _____. Introdução aos Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio de Maquiavel. In.: MACHIAVELLI, Niccolò. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. MF; Martins Fontes, 2007.
- _____. *Maquiavel republicano*. São Paulo: Loyola, 1991.
- _____. Totalitarismo e liberdade no pensamento de Hannah Arendt. In.: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.). *Hannah Arendt: Diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.
- GAILLE-NIKODIMOV, Marie. *Conflit civil et liberté: la politique machiavélique entre histoire et médecine*. Paris: Honoré Champion, 2004. Tradução para uso pessoal feita pelo Prof. José Luiz Ames.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. MF; Martins Fontes, 2007.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *O Príncipe*. Trad. Maria Júlia Goldwasser. Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Cad. Esc. Legsl, Belo Horizonte, v.1, n.2, p. 87-108, jul/dez. 1994.
- _____. *O regresso do político*. Trad. Ana Cecília Simoes. Portugal: Gradiva. 1996.
- _____. Quais espaços públicos para práticas de arte crítica? Trad. Natália Quinderé. *Arte & Ensaios: Revista do ppgav/UFRJ*, n. 27, dez. 2013, p. 181-199.
- _____. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. WMF Martins Fontes, 2015.
- _____. *The democratic Paradox*. London: Verso. 2009.
- RANCIÈRE, Jacques. O dissenso. In.: NOVAES, Adauto. *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político/ Teoria do Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAPÍTULO 5

A ÉTICA DA ALTERIDADE EM EMMANUEL LÉVINAS COMO FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA POLÍTICA: ENSAIOS PARA UMA DEMOCRACIA RADICAL

Katya Kozicki

Maria Helena Fonseca Faller

RESUMO: Este trabalho propôs-se a analisar ética da alteridade no pensamento de Emmanuel Lévinas, refletindo, por conseguinte, se tal concepção oferece condições de se repensar a existência política nas democracias constitucionais contemporâneas, a partir da matriz teórica da democracia radical de Chantal Mouffe, orientando-as para um comprometimento autêntico e infinito com o outro e para a realização de uma comunidade política fundamentadas em uma filosofia política - filosofia da diferença - que coloca em cheque a concepção ontológica de estar no mundo, admitindo o indissolúvel e necessário vínculo de coexistência, sem dissimular a dimensão inescapável do conflito e da diferença.

PALAVRAS-CHAVE: ética da alteridade - filosofia da diferença - constitucionalismo moderno - democracia radical

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As democracias contemporâneas constituem-se em espaços complexos de coexistência plural. Multiplicidade de valores, de concepções de bem e de mal e de formas de vida. Ideias unitárias e estilizadas de bem comum são insuficientes para viabilizar um modo de vida radicalmente democrático.

A partir dessa inquietação inicial, esse artigo pretende pensar a democracia constitucional como um espaço político no qual se faz possível a experiência do conflito e da diferença, através de instituições que permitam a expressão da pluralidade de vozes e rostos existentes hoje nas sociedades complexas. Diversas concepções de bem, diversos modos de construir a dignidade. A diferença e o conflito admitidos como elementos legítimos e constituintes da comunidade política, a qual oferece instrumentos/instituições democráticas que permitam a conversão do antagonismo em agonismo. Assim, o outro - que interpela e desestabiliza, ou melhor: que interpela e desestabiliza o "nós" - é qualificado como um adversário, como um sujeito de direitos concreto, (ultrapassando a dimensão de sujeito de direito meramente formal) reconhecido em sua infinita diferença, com condições de permanecer na comunidade

política plural, a qual permite sua existência e seu desenvolvimento. A categoria do inimigo a ser excluído cede espaço para o adversário a ser reconhecido e respeitado.

A partir de Emmanuel Lévinas, esse respeito e reconhecimento não seria apenas uma atitude de tolerância. Seria um compromisso e uma responsabilidade infinita para com a existência do outro. Lévinas questiona a estrutura de pensamento constituinte do Ocidente ontológico, que coloca o eu como categoria central da existência política, restituindo ao outro o espaço periférico de uma subjetividade que se constitui em uma ameaça constante.

Nesse sentido, a ética da alteridade coloca-se como anterioridade, como fundamento primeiro da existência, pelo simples fato de coexistirmos e possuímos a mesma face humana. O elemento de negação trazido pelo conflito cede espaço para uma relação, por intermédio de espaços políticos constituídos para converterem antagonismos em agonismos. Essas relações, por sua vez, são pautadas na responsabilidade ética como um modo de exercer a liberdade de estar com os outros no mundo.

A concepção de democracia como maiorias estabelecidas a partir de frágeis consensos cede espaço para a democracia radical, como um espaço de construção e desconstrução de possibilidades contínuas de superação dos diversos tipos de desigualdades – econômica, política, social. A ética da alteridade seria a condição de existência da democracia radical e plural. Para além da necessidade de estabilização, do direito e de suas instituições, se coloca como um pressuposto para estar no mundo com os outros (politicamente).

A reflexão partirá da concepção de ética da alteridade de Emmanuel Lévinas, pensada como condição de existência de uma democracia radical, segundo a concepção de Chantal Mouffe. O objetivo é articular um instrumental teórico que forneça fundamentos políticos-filosóficos para se pensar em um ambiente institucional que favoreça as condições de existência de uma democracia radical.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

2. ÉTICA DA ALTERIDADE EM LÉVINAS

Emmanuel Lévinas traz uma profunda crítica ao pensamento filosófico ocidental, recolocando a questão da ética como fundamento primeiro da existência humana.

A concepção de ética da alteridade deste autor foi gestada em um contexto bem específico: dialogar criticamente com o Ocidente ontológico, propondo uma saída ética para as atormentadas inquietudes existenciais que

caracterizaram o ocaso do pós-guerra. A ontologia é concebida como uma maneira de aproximar-se do ser e constituir a partir dele o horizonte fenomenológico de inteligibilidade dos entes, inclusive do ente humano em sua constituição subjetiva e intersubjetiva (COSTA, 2000, p. 45- 49).

Nas palavras de Lévinas: *“Todo meu esforço consiste em me separar, se é possível falar assim, da ontologia, para a qual a significação do inteligível está unida ao acontecimento de ser, porque seria em si como a presença, finalizando em seu repouso e em sua perseverança em si, bastando-se a si mesmo, perfeição que, para Espinoza, é sua divindade”* (COSTA, 2000, p. 49).

A experiência do pós-guerra é marcante para Lévinas e sua filosofia. Também para o pensamento constitucional daquele período. As democracias demonstram suas fragilidades e a grande questão repousa sempre sobre o outro e a diferença, sobre a necessidade de alguma unidade e da constituição de laços comunitários que permitam a coexistência.

Lévinas propõe justamente uma filosofia que compreenda o mundo a partir da relação e da diferença, está última como elemento indissociável da verdadeira relação. Ainda, compreende que a existência do “eu” é indissociável da existência do “outro”. A questão central, contudo, é admitir a alteridade, a diferença, escapando de uma simplificação democrática que resume a existência a um “nós” homogêneo, típico das narrativas que envolvem a figura do Estado Nação. O constitucionalismo se depara com esse impasse: liberdade para todos e para cada um, igualdade para todos e para cada um. Mas, em que condições? Como articular essas promessas modernas?

O elemento da fraternidade, que compôs a tríade revolucionária do constitucionalismo ocidental ficou relegado a um plano secundário e pode oferecer importantes possibilidades para a existência das democracias contemporâneas, marcadas pela complexidade. O pensamento de Lévinas recoloca a questão do outro – da fraternidade – no centro do pensamento filosófico e político, ao afirmar que a existência de um “eu” está necessariamente atrelada a existência de um “outro”. Porém, diferentes. Não é uma liberdade egoísta, tampouco uma igualdade simplificadora e homogeneizante. A anterioridade ética por ele proposta, desafia o pensamento filosófico ocidental e as próprias bases do constitucionalismo, que partem, invariavelmente da ontologia.

Veja:

Ninguém pode permanecer em si: a humanidade do homem, a subjetividade, é uma responsabilidade pelos outros, uma vulnerabilidade extrema. O retorno a si faz-se desvio interminável. Bem antes da consciência e da escolha – antes que a criatura se reúna em presente e representação para fazer essência – o homem aproxima-se do homem. Ele é tecido de responsabilidades. Por elas, lacera ele a essência (LEVINAS, 2012, p. 105).

A ética, tal como Lévinas a concebe, coloca em questão minha liberdade e espontaneidade, minha subjetividade, e o outro. Segundo Kozicki (2003, p. 23), *a justiça é definida por esta relação ética com o outro, em resposta ao sofrimento do outro, para com o qual o sujeito tem uma infinita responsabilidade. A passagem da ética para política é caracterizada pela chegada na relação entre eu e o outro, de um terceiro. A partir daí ocorre a relação com todos os outros, que fundam a pólis*”.

Nesse sentido, é possível perceber o que significa a política para Lévinas: *“um compromisso ético para com todos os outros”* (KOZICKI, 2003, p. 23).

A saída de si está na responsabilidade pelo outro, em ocupar-se com o outro, está em pensar no outro, em sua vida e em sua morte, antes de preocupar-se consigo mesmo. A responsabilidade pelo outro é o bem, conteúdo ético por excelência e o filosoficamente primeiro, anterior a toda anterioridade (COSTA, 2000, p. 44).

Lévinas explica:

Eu o reconheço, ou seja, creio nele. Mas se este reconhecimento fosse minha submissão a ele, esta submissão retiraria todo o valor de meu reconhecimento: o reconhecimento pela submissão anularia minha dignidade, pela qual o reconhecimento tem valor. O rosto que me olha me afirma. Mas, face a face, não posso mais negar o outro: somente a glória numenal do outro torna possível o face a face. O face a face é assim uma impossibilidade de negar, uma negação da negação (LEVINAS, 2010, p. 57).

A concepção construída dessa relação ética anterior, que gera o sair de si, o ocupar-se com o outro, com o sofrimento e com a morte dele, é o descobrimento do fundo da humanidade, o próprio descobrimento do bem no encontro com o outro: a responsabilidade pelo outro é o bem (POIRIÉ, 1992, p. 80). Desse modo, desaparece uma dimensão negativa da responsabilidade com o outro.

Eis:

A palavra é, portanto, relação entre liberdades que não se limitam nem se negam, mas se afirmam reciprocamente. O termo respeito pode ser retomado aqui; desde que se sublinhe que a reciprocidade deste respeito não é uma relação indiferente, como uma contemplação serena, e que ela não é o resultado, mas a condição da ética. Ela é linguagem, ou seja, responsabilidade. O respeito vincula o homem justo a seu sócio na justiça, antes de vinculá-lo ao homem que reclama justiça. O face a face da linguagem admite, com efeito, uma análise fenomenológica mais radical (LEVINAS, 2010, p. 57).

É importante esclarecer que separar-se da ontologia e do seu modo próprio de inteligir e de constituir o mundo não é destruí-la, é preservá-la como porta de entrada para a possibilidade do reconhecimento de seus limites e dos limites às

pretensões de fundamentação fáctica e de universalização da razão onto-fenomenológica. Esta separação implica uma reconstituição ética da subjetividade e da intersubjetividade como “ser para o outro” (COSTA, 2000, p. 50).

Veja que a proposta de Lévinas é desafiadora. Sua relação com outro, se dá a partir de uma compreensão de si mesmo que ultrapassa uma ação de solidariedade. O que ele propõe é o que chama de caridade, que é uma dimensão de ser com o outro, de compreender a própria existência como eticamente comprometida com a existência do outro.

Com Lévinas:

Em compensação, quando digo que a consciência, na relação ao outro, perde seu primeiro lugar. [...] na consciência, assim pensada há o despertar para a humanidade. A humanidade da consciência não está absolutamente nos seus poderes, mas na sua responsabilidade. Na passividade, no acolhimento, na obrigação a respeito de outrem; é o outro que é primeiro, e aí a questão da minha consciência soberana não é mais a primeira questão. Preconizo, é o título de um de meus livros, “o humanismo de outro homem” (LEVINAS, 2010, p. 139).

A vida democrática exige um pensar com o outro e com os outros. Para que permita, de fato, uma coexistência plural e digna, impõe que se coloque a “veste” do outro, que se sinta sua dor e sua necessidade na própria pele, para que se possa compreendê-la e assim, assumi-la como um problema que é de todos¹.

O “ser para o outro”, constitutivo da subjetividade e da intersubjetividade, é o conteúdo ético por excelência e o filosoficamente primeiro, anterioridade anterior a toda anterioridade, proposta ao Ocidente pela via do diálogo e com uma pretensão universal de validade que atinge a esfera do humano (COSTA, 2000, p. 50).

Assim:

O que chamo de responsabilidade por outrem, ou amor sem concupiscência, o eu só pode encontrar sua exigência em si próprio. Ela esta no seu “eis-me-aqui” do eu, em sua unicidade não intercambiável de eleito. Ela é originalmente sem reciprocidade, pois traria o risco de comprometer sua gratuidade ou graça[...]. Mas a ordem de justiça dos indivíduos responsáveis uns pelos outros surge

¹ É bastante comum perceber que o despertar da solidariedade e da fraternidade em uma comunidade passa pelo contato físico e real com a experiência de dificuldade do outro. Assistir a uma catástrofe pela internet e pelo telejornal, pode produzir algum grau de sensibilização, mas é passageiro. Ao contrário, quando existe um contato real e visual, pessoal, nasce a empatia, o reconhecimento, a caridade (nos termos de Lévinas), que permite que se assumam ações responsáveis por aquela situação de indignidade e por aquele problema que é também da comunidade. Nesse sentido, ver: LIPOVETSKY, Gilles. A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri/SP: Manole, 2005.

não para restabelecer esta reciprocidade entre o eu e seu outro, mas por causa do terceiro que, ao lado deste que me é um outro, me é também outro (LEVINAS, 2012, p. 62).

Nesse sentido, Luigino Bruni desenvolveu uma importantíssima reflexão de como se deu a constituição do humanismo moderno, que guarda relação profunda com o pensamento de Emmanuel Lévinas. Seu argumento esclarece possíveis razões pelas quais a dimensão do encontro com o “outro” foram relativizadas no debate político. Hoje se torna necessário retomar essas questões com decisão, considerando os recentes acontecimentos políticos, sociais e religiosos do cenário mundial. Trata-se de uma filosofia política que pode influir de modo radical no modo de compreender o mundo.

Explica este autor que na modernidade, com o ápice da concepção individualista e com o enfraquecimento da ideia da existência do absoluto, consolida-se uma ideia de igualdade. Assim, o homem encontra-se diante de um outro, como ele mesmo, mas diferente de si, onde cada “eu” representa, para o outro “eu”, um “não”, um não-ser (se o outro que não é eu é, como eu posso ser ?) (BRUNI, 2010, p. 32)

Desse modo:

Chegamos ao momento crucial da nossa tese: a descoberta do outro, feita pela modernidade, foi a descoberta do negativo, do “não” que a alteridade verdadeira necessariamente contém. O homem moderno viu, sobretudo, a ferida do outro, não a benção. A realidade do eu e do outro-que-não-sou-eu não foi associada ao positivo e à felicidade que o outro pode me dar, mas ao negativo, ao não-ser, ao “não” (BRUNI, 2010, p. 33).

O entusiasmo pela descoberta da minha existência como sujeito (e, efetivamente, tratava-se entusiasmo legítimo, dada a absoluta importância da descoberta) foi acompanhado, pelo medo da existência também do outro. No mesmo momento que pronuncia “eu”, pronuncia o “tu” com medo, como se estivesse a negar o “eu” (BRUNI, 2010, p. 33).

A descoberta do outro, segundo Bruni (2010, p. 34) não se torna uma via de reconhecimento recíproco, mas abre uma época – ainda em pleno desenvolvimento – de pesquisa de caminhos de evasão para não se cruzar com o olhar do outro. Não uma intersubjetividade direta, mas se constituem relações mediadas e anônimas, por medo do negativo, do sofrimento que a relação com o outro comporta.

Assim:

Perante o “não” que a descoberta do outro implicava, o pensamento político e econômico moderno não quis enfrentar nem atravessar aquele negativo e

aquela ferida, mas foi buscar, de facto, a estrutura relacional inter-humana à situação da pré-modernidade: eu-mediador-tu, onde o mediador, em vez de Deus, é o Leviatã ou o mercado, que desempenham – é preciso fazer notar – a mesma função de impedir que se atravesse aquele risco que é o outro, que se põe ao meu lado num plano de igualdade. Há, pois, uma *nova metafísica* que toma o lugar da metafísica pré-moderna. (BRUNI, 2010, p. 34)

A modernidade preferiu imunizar o encontro pessoal, garantindo a presença de um terceiro neutro que impede o contato com a ferida que o outro traz e também que o outro pode me causar. Os contratos sociais e privados dispensam o diálogo e nos protegem do encontro com as diferenças, removendo-as. (BRUNI, 2010, p. 35-37).

Logicamente que nenhuma comunidade funciona sem regras, sem contratos e sem justiça, que consistem na grande mediação, acrescida da indispensável imparcialidade, necessárias para as convivências civis e democráticas. Precisamos identificar, contudo, o ponto crítico dessas mediações, de modo que elas não evitem os encontros e confrontos pessoais, as possibilidades de construção comum de decisões. Se para evitar conflitos evitamos o encontro, a vida se entristece, e o remédio (mediação) torna-se o grande mal. Uma boa política deve saber mediar a reciprocidade, sem impedir com medo da “ferida” que as pessoas se encontrem (BRUNI, 2010, p. 194).

Lévinas entende que neste temor pelo outro homem, se liberaria uma responsabilidade ilimitada, com a qual nunca se está quite, que não cessa no ponto extremo do próximo, mesmo que a responsabilidade não consiga senão responder, no impotente afrontamento com a morte de outrem, “*eis-me, aqui*” (LEVINAS, 2010, p. 178).

Suas palavras:

Responsabilidade que guarda, sem dúvida, o segredo da socialidade, cuja gratuidade total, mesmo que em vã em última análise, se chama amor ao próximo, amor sem concupiscência, mas tão irrefragável como a morte. Socialidade que não deve ser confundida com alguma falha ou privação na unidade do Uno. Do fundo da natural perseverança no ser de um ente assegurado de seu direito de ser, do coração da identidade original do eu - e contra esta perseverança, contra esta identidade – emerge, despertada em face do rosto de outrem, a responsabilidade por outrem, ao qual, portanto, fui votado antes de todo voto, antes do estar presente a mim-mesmo ou de voltar a mim (LEVINAS, 2010, p. 178).

O movimento para o Outro, em vez de me completar ou contentar, implica-me numa conjuntura que, por um lado, não me concernia e deveria deixar-me indiferente: como é que me fui meter nesta enrascada? De onde me vem este choque quando passo indiferente sob o olhar do Outro? A relação

com o Outro questiona-me, esvazia-se de mim mesmo e não cessa de esvaziar-me, descobrindo-me possibilidades sempre novas (LEVINAS, 2012, p. 49).

Lévinas não pode ser enquadrado como um filósofo que realiza uma leitura otimista do fim da história. Ele trabalha de forma consistente com a existência do mal e da indisposição de despertar para o outro.

Veja-se:

O que me importa está na responsabilidade por outrem como um engajamento mais antigo de toda deliberação memorável constitutiva do humano. É evidente que há no homem a possibilidade de não despertar para o outro; há a possibilidade do mal. O mal é a ordem do ser simplesmente – e, ao contrário, ir na direção do outro é a abertura do humano no ser, um “outramente que ser”. Não tenho em absoluto a certeza de que o “outramente que ser” tenha triunfo assegurado; pode haver períodos em que o humano se extingue completamente, mas o ideal de santidade é o que a humanidade introduziu no ser. Ideal de santidade contrário às leis do ser. Ações e reações recíprocas, compensação de forças desdobradas, restabelecimento do equilíbrio, sejam quais forem as guerras, sejam quais forem as “crueldades” que esta linguagem indiferente que se torna justiça abriga, é a lei do ser. Sem doença, sem exceção, sem desordem, é a ordem do ser. Não tenho nenhuma ilusão, a maior parte do tempo se passa assim e ameaça retornar. A humanidade alcança a amizade, mesmo quando isso parece interromper-se, mas também constrói uma ordem política onde o determinismo do ser pode retornar. [...] Mas o humano consiste em agir, sem deixar-se guiar por estas possibilidades ameaçadoras. É o despertar para o humano. E, na história, houve justos e santos (LEVINAS, 2010, p. 141-142).

Não se deve negar, ingenuamente, o risco do encontro com o outro, as dificuldades e também possíveis mortes. Porém, esse encontro deve ser realizado, pois é a condição necessária da construção da vida, da comunidade, da democracia como a concebemos aqui. Três valores-princípios eclodiram nos primórdios da modernidade, quais sejam: igualdade, liberdade e fraternidade. A fraternidade foi expulsa da esfera pública, relegada a um plano religioso. Não há como se falar de felicidade, de vida digna, de democracias em ato sem retirar a ilusão da modernidade que é possível afirmar igualdade e liberdade sem o encontro com a ferida do outro – fraternidade (BRUNI, 2010, p. 195-197).

Senão, vejamos:

A sociedade de mercado contemporânea sacrificou a fraternidade à liberdade, e também aqui com um engano: prometer-nos uma boa convivência sem sofrimento e sem gratuidade. Mas o resultado não foi a eliminação da dor e do sofrimento, da vida em comum, mas sim a sua multiplicação. A sociedade de mercado, com efeito, deu origem a estruturas criadoras de feridas, a mecanismos

que excluem do mercado e da política – bem como das mediações – crianças mulheres e homens de muitos países (e aqui não posso deixar de pensar em África, onde às feridas das comunidades tradicionais se acrescentaram as feridas mortais dos poderosos da política e do mercado, muitas vezes bastante mais desumanos do que as estruturas daquelas culturas). A vida em comum é também feita de feridas. Se não as olhamos de frente, acabamos por encontrar bodes expiatórios, que carregam todas as feridas do mundo, “buracos negros” que absorvem todo aquele negativo de que desviamos o olhar, mas que continuamos a produzir (BRUNI, 2010, p. 197).

O “para além” e o “de modo diferente” são as portas de saída por onde o “eu” fechado em si-mesmo e as portas de saída por onde o “eu” fechado em seu si-mesmo e preso num eterno presente pode sair-de-si e ficar referido a outro diferente de si, despertando para o amanhecer de um novo tempo, diferente do anterior, em que a existência poderá ser diferente: um eu-diferente face-a-face com o Outro-diferente (COSTA, 2000, p. 93).

Palavras de Lévinas:

Mas o questionamento desta selvagem e ingênua liberdade para si, segura de seu refúgio em si, não se reduz a um movimento negativo. O questionamento de si é precisamente o acolhimento do absolutamente outro. A epifania do absolutamente outro é rosto em que o Outro me interpela e me significa uma ordem, por sua nudez, por sua indignação. Sua presença é uma intimação para responder. O Eu (Moi) não toma apenas consciência desta necessidade de responder, como se se tratasse de uma obrigação ou de um dever particular sobre o qual ele teria que decidir. Em sua posição mesma ele é integralmente responsabilidade ou diconia (LEVINAS, 2012, p. 53).

No mesmo sentido, é possível concluir que *“somente a partir de um compromisso ético com a justiça e o reconhecimento de uma infinita responsabilidade para com o outro será possível administrar a contingência e a diferenciação típicas deste início de século, sem que o reconhecimento das mesmas implique em negligência ética ou indiferença moral”* (KOZICKI, 2003, p. 28).

A partir disso, a proposta é pensar na filosofia da diferença e na ética de alteridade de Lévinas como uma das condições de existência de democracias radicais. A matriz teórica da democracia radical é construída sobre a afirmação da diferença e a assunção do conflito daí decorrente como condição necessária para a construção da política. Se a política é o campo de construção da vida pública e é o campo privilegiado da existência comunitária, é preciso pensá-la também a partir de um compromisso para com a existência do outro, uma vez que somente a partir desse compromisso se fará possível uma coexistência democrática.

A partir de Kozicki (2003, p. 27), é possível pensar que a democracia, nesse sentido, seria a forma política mais apta a significar esta perspectiva de

justiça: “*No reconhecimento dos infinitos jogos de linguagem possíveis dentro de uma comunidade e no reconhecimento de que é necessário ouvir a “voz do outro” reside um dos valores fundamentais da democracia*”. Assim, a ideia é pensar na democracia radical como a teoria democrática com maiores condições de possibilitar a existência concreta de instituições e modos de vida fundamentadas em uma filosofia da diferença e, por conseguinte, na ética da alteridade.

3. A DEMOCRACIA RADICAL

A democracia radical introduz na filosofia política um elemento que era considerado marginal: a importância das paixões no espaço político, como uma das motivações que envolvem os indivíduos na sua ação política, ao lado do interesse e da razão. Trata-se de uma proposta de democracia que pensa em uma “*nova articulação para os princípios liberais da igualdade e da liberdade*” (KOZICKI, 2004, p. 327).

O modelo adversarial proposto por Chantal Mouffe entende o debate democrático e a política democrática como um confronto real. Adversários que lutam, mas de acordo com um escopo de regras compartilhadas. Mesmo que suas posições permaneçam irreconciliáveis, são aceitas como legítimas (MOUFFE, 1993, p. 50).

Explica:

A diferença fundamental entre os pontos de vistas “dialógicos” e os pontos de vistas “agonísticos” é que o objetivo deste último é transformar profundamente as relações de poder existentes e estabelecer uma nova hegemonia. É por essa razão que ele pode ser corretamente chamado de “radical”. Na verdade, não se trata da política revolucionária de tipo jacobino, mas tampouco a de tipo liberal em que interesses concorrentes se enfrentam em um terreno neutro ou da formação discursiva de um consenso democrático (MOUFFE, 1993, p. 50).

Nestes espaços, o poder é colocado em disputa, em debate, permeando várias questões que precisam ser decididas. Quem vence a debate e se apropria do poder de decisão, determinará qual política deverá ser adotada, qual política deverá prevalecer. A questão central é que quem permaneceu sem conquistar o poder de determinação deve permanecer dignamente no “jogo”, reconhecido e respeitado em todos seus direitos, com acesso ao espaço político, de modo que possa buscar a afirmação de suas preferências, a modificação da decisão provisória. O político é uma dimensão constitutiva da comunidade. São necessárias, nesse sentido, instituições que permitam o pluralismo e a coexistência de identidades conflituosas.

Os canais políticos legítimos, que permitem a expressão e acolhimento das vozes discordantes, são indispensáveis para a concretização da democracia.

A transformação do antagonismo em agonismo exige esses canais, que devem ser múltiplos, flexíveis e considerados legítimos locais de expressão e construção da política, os quais são tomados em consideração na construção do social e na definição do que serão as políticas públicas. Algo muito diverso de “lugares vazios”, que possuem o papel de domesticação popular.

As instituições democráticas permitem a expressão e canalização das vontades. Logo, os resultados que oferecem não são, necessariamente, os mais racionais, os melhores e os mais inteligentes (MOUFFE, 2015, p. 21). São apenas, tão somente, a expressão das vontades que alçaram maior força de imposição no jogo democrático, seja pela quantidade ou pela qualidade. A questão é que o grupo que “perde” o jogo não é eliminado e nem obrigado a abrir mão de suas próprias convicções.

O sistema parlamentar é um exemplo claro disso. E não obstante as críticas que recebe, é ainda uma instituição central para as democracias, uma vez que permite a transformação do antagonismo em agonismo. O exemplo do nazismo ilustra muito bem o que ocorre quando inexistem instituições para permitir essa transformação (MOUFFE, 2015, p. 20).

Uma questão fundamental a ser considerada quando se reflete sobre política democrática no contexto de uma democracia radical, conforme já exposto, é a importância da dimensão afetiva na política e a necessidade de mobilizar as paixões por intermédio dos canais democráticos (MOUFFE, 1993, p. 69). O suposto discurso neutro e racional já deu provas de sua insuficiência, afinal, a política expressa o mundo da vida. A *ratio* se forma também pela emoção. Razão não é sempre boa, emoção não é sempre descontrolada. A paixão move a vida, guia escolhas e aglutina as pessoas em torno de identificações coletivas e também individuais. Admitir sua existência impõe apenas deixar claro algo que sempre existiu e nunca foi assumido, sob a égide de uma crença na existência de uma razão universal pura.

Sob esse pano de fundo, Mouffe chama a atenção para o fato de que hoje muitos antagonismos políticos são formulados em termos de categorias morais. Na esfera da moralidade, os antagonismos não podem se transformar em agonismos, e acabam impossibilitando uma análise política adequada. A resposta fica limitada *“à construção de um cordão sanitário para pôr em quarentena setores afetados. [...] Democratas não são sempre bons, extrema direita não é sempre do mal”* (MOUFFE, 2015, p. 72). O maniqueísmo e a simplificação não são suficientes para explicar o mundo.

A questão não é excluir a moralidade e a ética do espaço político e simplesmente formular as problemáticas em termos políticos adequados. A ética integra o espaço político e deve balizar o processo de aceitação do conflito, deve orientar o olhar das pessoas envolvidas no conflito. É algo diverso de utilizá-la como um instrumental para realizar uma negociação que negue as identidades. Há

a prevalência de um dos lados, mas existe a aceitação ética por parte de quem obteve a hegemonia e por parte de quem terá que aceitá-la.

Os princípios ético-políticos da democracia liberal não são um engodo, mesmo se existe um fosso que os separam do atual estado de coisas (MOUFFE, 2015, p. 50-51). É necessário ter a sutileza e o cuidado para compreender que as tentativas fracassadas de sua concretização não importem em sua negação, mas em uma confirmação de que é preciso buscar novos modos de construir a política democrática, pensando-a também a partir de desenhos institucionais novos.

Questões políticas sempre envolverão decisões que optem por alternativas conflitantes. Existem conflitos que jamais poderão ser resolvidos através de argumentos racionais, conforme apregoa a perspectiva liberal. Isto porque, a política é um espaço no qual reinará a hegemonia de quem possui o poder (MOUFFE, 2015, p. 07-11).

A realização de consensos, tão difundida nas discussões democráticas e políticas, se fundamenta em atos de exclusão, uma vez que os consensos racionais não são plenamente inclusivos. O antagonismo, como elemento inerradicável do político, revela o limite de qualquer consenso racional. Assim, Mouffe enfrenta os dois paradigmas essenciais liberais, o agregativo e o deliberativo. No caso do primeiro, explicita que a ideia de compromisso entre forças discordantes parte de uma compreensão de mercado aplicado a esfera política. O segundo – deliberativo – se constrói como uma reação ao primeiro, se mantendo em uma esfera moral, uma vez que acredita que é possível criar consensos morais racionais através dos debates livres (MOUFFE, 2015, p. 10-12).

A compreensão do político como antagonismo e a natureza conflituosa da política não é antiética ao projeto democrático, como é recorrente escutar (ou ler). A compreensão da política como espaço da relação amigo/inimigo, classicamente desenvolvida por Carl Schmitt é um importante ponto de partida para se pensar a política democrática e a democracia radical (MOUFFE, 2015, p. 13).

Schmitt pensa a democracia como uma totalidade homogênea. A relação amigo/inimigo caracteriza a política e implica na eliminação do inimigo do jogo democrático. A tese de Schmitt sobre as identidades políticas, que daí emerge é muito importante para compreender a política democrática. A relação amigo/inimigo revela a natureza relacional de todas as identidades e o conceito de exterioridade constitutiva, fundamental para se pensar que as identidades se formam a partir do estabelecimento de uma diferença (SCHMITT, 2005). Desse modo, *“toda identidade é relacional e a afirmação da diferença é uma precondição para a existência de qualquer identidade, ou seja, a percepção de um outro que constitui o seu exterior”* (MOUFFE, 2015, p. 15)

A criação de um “nós” e de um “eles”, revela o antagonismo e o conflito, a diferença como algo insuperável. Schmitt resolveu essa questão com o

estabelecimento da relação amigo/inimigo, que resultava na eliminação do “eles” do jogo democrático (MOUFFE, 2015, p. 15).

Os resultados da concretização dessa teoria são inumeráveis, e estão todos os dias a disposição de quem quiser enxergar. Sob o argumento de construir consensos, se ignoram as diferenças, excluindo-as da política, transformando-as em refugos que a comunidade deve expelir para manter-se “em ordem”.

O que Mouffe propõe, brilhantemente, é imaginar outros métodos políticos da construção do *nós/eles*, que permitam transformar o antagonismo (condição ontológica do político) em agonismo (relação adversarial), no qual o diferente não é eliminado, é reconhecido e mantido em condições de continuar a pleitear a sua hegemonia no jogo democrático. Usando as mesmas palavras da autora: *“toda ordem é política e se baseia em alguma forma de exclusão. Sempre existem outras possibilidades, que foram reprimidas e que podem ser reativadas, [...] toda ordem hegemônica é passível de ser desafiada por práticas anti-hegemônicas”* (MOUFFE, 2015, p. 17)

Nesse sentido, uma das principais tarefas da política democrática, é neutralizar o antagonismo das relações, compreendendo o conflito como legítimo, impedindo que ele destrua o ente político. Para isso, é preciso criar formas que possibilitem vínculos comuns entre as partes em conflito, em que o “*nós/ eles*” assuma uma forma agonística, de uma relação adversarial, na qual ninguém é expelido. O modelo adversarial proposto por Chantal Mouffe permite que a política democrática transforme antagonismo em agonismo, evitando que antagonismos se transformem em exclusão e depois, desemboquem em violências (MOUFFE, 2015, p. 18-19).

Essa passagem da autora resume de forma claríssima seu pensamento:

Não há dúvida de que o consenso é necessário, mas ele precisa estar acompanhado do dissenso. Embora o consenso seja necessário no que diz respeito às instituições constitutivas da democracia e aos valores “ético-políticos” que caracterizam a associação política – liberdade e igualdade para todos – sempre haverá discordância quanto ao seu significado e quanto ao modo como devem ser implementados. Numa democracia pluralista, essas discordâncias não são apenas legítimas, mas também necessárias. Elas fornecem matéria-prima da política democrática (MOUFFE, 1993, p. 30).

Para isso, são necessárias instituições políticas efetivamente democráticas, que ofereçam espaço e canais de expressão para as vozes discordantes. É preciso existir instituições que permitam a expressão do conflito com liberdade. Contudo, instituições dessa natureza pressupõe um pensamento político que as fundamentem e que estejam refletidos em seus desenhos.

A política não é sempre racional. Ela é como a vida: ora paixão, ora razão, ora interesse. É resultado de um campo de disputas. A questão central

é permitir que nesse campo, todos tenham possibilidade de expressar sua voz e que mesmo derrotados, possam continuar a viver e a buscar a realização de seus direitos ou anseios. O adversário não é eliminado. Ele é simplesmente diferente. O outro. A democracia radical associada à ética da alteridade podem conferir os fundamentos necessários para novos desenhos institucionais que viabilizem a concretização dessas perspectivas.

4. RADICALIZANDO A DEMOCRACIA A PARTIR DA ÉTICA DA ALTERIDADE

Em sua obra *“La paradoja democrática: el peligro del consenso en la política democrática”*, Chantal Mouffe propõe uma “ética do Real”, a qual reconhece a irreduzibilidade da ideia de bem e do bom, que nas democracias complexas é múltipla e complexa, admitindo a impossibilidade de uma harmonia ideal e reconciliação completas, já que a decisão política é sempre uma decisão e nada garante sua racionalidade total conforme apregoaram os defensores da democracia deliberativa e dialógica. A tomada de decisão implica em uma opção, que implica sempre em uma exclusão ou em uma derrota (MOUFFE, 2000, p. 141-151).

Por isso mesmo, é muito mais ético reconhecer a precariedade da decisão e a possibilidade de sua constante revisão, considerando os limites da política e da sociabilidade humana, reconhecendo o compromisso infinito para com o outro – sempre terá algo que ainda não se concretizou no paradoxo democrático – do que assumir um discurso ético racional que dissimula as tensões e os antagonismos indissolúveis da existência humana.

A ética da alteridade coloca a questão do outro e do compromisso primeiro com sua existência no centro da discussão democrática. Pensando-a na perspectiva da democracia radical, o que pode ser pensado de novo?

A perspectiva da democracia radical, assume o conflito e trabalha com a relação adversarial: existe uma hegemonia que se instaura e existirá uma minoria que deverá aceitá-la, uma vez que foi derrotada na disputa. Porém, a parte vencida não é neutralizada e excluída. Suas ideias são consideradas legítimas e integrantes da política democrática. Permite-se a continuidade dessas ideias, sua permanência na narrativa oficial. Permite-se que o consenso precário que estabeleceu a hegemonia possa ser constantemente desafiado pelas ideias e forças que restaram vencidas. Isso torna a democracia vibrante. Principalmente: não elimina o adversário derrotado. Reconhece-o como elemento fundamental da comunidade política, confere-lhe espaço de expressão e de existência e reafirma a possibilidade de coexistência plural. O compromisso infinito para com o outro não é uma ideia ingênua de superficial harmonia. Consiste no real reconhecimento de sua necessidade como legítima, mesmo se foi considerada a necessidade mais fraca do jogo democrático. Ela não será eliminada.

Assim, propõe-se pensar a ética da alteridade como a condição de existência das democracias radicais nessa perspectiva: do infinito compromisso para com o outro, como condição da coexistência, essencial para a existência humana. Sem compromisso com o outro, é impossível realizar uma democracia radical. Esse compromisso se traduz com o reconhecimento da diferença e da alteridade, como algo irreduzível e irresolúvel. Quando olho pela janela de minha casa a criança que anda descalça pela rua e me compadeço de sua condição, não resolvo a diferença que nos separa. Mas a reconheço e a assumo como existentes. Não a ignoro e nem pretendo dissolvê-la de modo ingênuo.

O compromisso é infinito: nunca plenamente realizável, sempre precário e passível de ser revisto e melhorado, uma vez que vive-se a impossibilidade da justiça e da harmonia completas (MOUFFE, 2017, p. 30).

É preciso pensar em construções democráticas e a perspectiva fundamental primeira, é o encontro com o outro, como condição de possibilidade da construção destes significados. É neste reconhecimento do outro, da obtenção do sentido através do seu elemento externo constitutivo, que a democracia ganha vida e forma (KOZICKI, 2003, p. 28).

Assim:

Essa inversão humana do em si e do para-si, do “cada um por si”, em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessável – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto com outrem. Por trás da postura que ele toma – ou que suporta – em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez sem defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoa, do eu ao outro, que o “acontecimento” ético, caridade, misericórdia, generosidade, obediência, conduz além ou eleva acima do ser (LEVINAS, 2012, p. 242).

O encontro com o outro, o compromisso infinito com o outro se dá em perspectiva prática. Afinal, as condições reais de vida são elementos que condicionam a construção da racionalidade, do modo de ver e compreender o mundo, de intervir. Quem entra em contato com uma realidade de desigualdade dramática, de miséria, reconhecendo o sujeito que a vivencia, traz consigo condições de pensar o mundo completamente distintas de um sujeito que acessa todos os bens necessários para seu bem estar, isento de maiores dificuldades. Para haver compromisso democrático-constitucional com o outro, que nos nossos contextos latinos esta imerso na desigualdade, é necessário realizar o encontro concreto com este sujeito, sob pena de perpetuar o esquema de proclamação utópicas de direitos perfeitos, que permanecem presos em discursos e narrativas constitucionais².

² Nesse mesmo sentido, Ricardo Restrepo enuncia que unicamente quando ocorre a colisão absoluta entre dois mundos, cada um exposto em sua integridade, pode haver diálogo, somente assim se pode perceber

A articulação da igualdade e da liberdade nas democracias complexas é um grande desafio teórico e pragmático. A ética da alteridade resgata o elemento da fraternidade, do sentido da coexistência, da ligação necessária das existências. A política democrática, pensada a partir da democracia radical, é o ambiente propício para o desenvolvimento concreto de uma ética da alteridade – do real – uma vez que se permite pensar em instituições que permitam a conversão dos antagonismos em agonismos. Não se trata de um exercício romântico e estilizado de pensamento de condições ideais de harmonia plena, de consensos racionais e neutros, mas de instituições democráticas que permitam a expressão da diferença, reconhecendo-a e comprometendo-se com sua existência. Alguém há de vencer a disputa e alcançar o poder de construir sua concepção de mundo. O importante é que o adversário permaneça vivo e tenha possibilidade de buscar o poder de concretizar a sua concepção de vida boa³.

Práticas políticas geradas a partir de uma ética da alteridade são capazes de construir democracias fundamentadas de modo real na persecução da igualdade. Lévinas diz:

O respeitado não é aquele a quem se faz justiça, mas aquele com que é feita. O respeito é uma relação entre iguais. A justiça supõe essa igualdade original. O amor, essencialmente, se estabelece entre desiguais, vive da desigualdade. [...] Quero descrever a relação homem a homem. A justiça não a constitui, é ela que torna a justiça possível (LEVINAS, 2010, p. 58).

Segundo Chantal Mouffe (2017, p. 16), Simon Critchley afirma que Lévinas estrutura seu pensamento sob a ideia de que a “*abertura radical ao outro é*

a materialidade do político como um cruzamento indiscriminado de linhas conflituais originadas destes dois mundos. Para que apareça um sujeito político autêntico, o biótipo de consenso e racionalidade deve ser banido. Assim: “*Solo em encuentro traumático entre el mundo del ciudadano con derechos, supuestamente libre y racional con el desterrado y marginal podemos someter a valoración la validez del consenso que creó estas criaturas emancipadas y racionales, con su contracara excluida. Aquí la igualdad deja de ser presupuesto y se convierte en el limite mismo del discurso. No se trata entonces de un juego del lenguaje, sino de su apertura y reapropiación por el sujeto externo e irracional; se trata de picar esa genética abismal y monstruosa y eliminar el limite que postra el discurso externo*”. In: RESTREPO, Ricardo Sanin. **Teoria Crítica Constitucional: rescatando la democracia del liberalismo**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibanez, 2009, p. 39.

³ Nessa perspectiva, coloca-se a ligação vital e profunda entre o pensamento filosófico de Lévinas e Derrida, o qual pensa a concepção de justiça como uma experiência do indecível. A justiça nunca será plenamente realizada. A decisão é uma forma precária de assumir uma posição orientada à justiça, mas nunca a realiza plenamente. O outro é sempre o outro: uma dimensão que nunca se compreenderá plenamente. Na obra “*Desconstrução e Pragmatismo*”, Chantal Mouffe realiza um importante diálogo com Jacques Derrida e Emmanuel Lévinas, a partir da perspectiva da desconstrução e da realização da justiça compreendida como um compromisso infinito para com o outro. Ver: MOUFFE, Chantal (org.) *Desconstrução e Pragmatismo*. Rio de Janeiro: Mauad, 2017.

uma experiência primária da qual conteúdos normativos podem ser derivados”. Nesse sentido, a ética da alteridade poderia ser um fundamento da própria constituição da política democrática. Chantal Mouffe constrói seu pensamento sob a ideia de que as questões políticas devem ser elaboradas de forma política, sem interferência de ideologias ou categorias morais.

Lévinas trabalha com a compreensão de que a ética da alteridade não se elabora sobre postulados morais extraídos de compromissos ideológicos, mas se coloca como fundamento primeiro da existência humana, a partir da compreensão de que me constituo com o outro e a partir do outro, logo, meu compromisso com sua existência é infinito. E justamente por tratar-se de um outro, trata-se de um diferente. Aqui, Emmanuel Lévinas e Chantal Mouffe encontram-se. Mouffe propõe que a democracia radical atue com instrumentos/instituições que permitam a transformação do antagonismo em agonismo e elimine a possibilidade de exclusão do adversário. É ético assumir a existência do conflito, reconhecer a dimensão inescapável da diferença, mas a partir da ideia de exterioridade constitutiva que permite que a fronteira entre nós/ eles sejam elaborados em termos democráticos, sob os princípios éticos-políticos da igualdade e da liberdade. Assim, o adversário vencido é reconhecido membro legítimo da comunidade política, com o direito de permanecer pleiteando sua hegemonia e suas condições de existência. Uma ideia formulada em termos completamente distintos dos consensos racionais, que escondem o conflito e tratam o diferente como elemento de desordem diante da ordem hegemônica, harmônica e racional.

Nesse sentido, parece claro que a filosofia política de Lévinas não é compatível com a ideia de democracia fundamentada na construção de consensos racionais. Lévinas trabalha justamente com a questão fundamental do outro, que no âmbito da comunidade política, é representado pelo diferente, por aquele que ameaça a ordem e desorganiza o que está sacralizado. É a filosofia da diferença, que propõe justamente uma constante revisitação da ordem e de suas normas, a partir de um compromisso infinito para com o outro. Essa é a anterioridade ética que desafia a ontologia do ser e que permite a existência de uma comunidade autenticamente democrática e vibrante, plural, que possibilita a experiência da complexidade e da coexistência digna, qual seja: uma democracia radical.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia radical propõe a existência de instrumentos e instituições que convertam antagonismos em agonismos, possibilitando a existência e o reconhecimento da diferença e do conflito. Para que isso se torne efetivo, é preciso pensar em uma premissa, em um fundamento que permita sua

existência nestes termos. A ética da alteridade, nos termos propostos por Lévinas, oferece elementos de tornar-se um fundamento apropriado para a existência de uma democracia radical.

Pensar em coexistência plural e complexa nos dias de hoje exige que se estabeleça um acordo ético anterior, primeiro, de respeito profundo à diferença. Mais do que isso: que se assuma a consciência pessoal e política, de que o conflito e a alteridade são condições indissolúveis de um modo de vida democrático.

Quando Chantal Mouffe propõe que o conflito seja assumido como condição insuperável da política democrática, propondo a existência de instituições que tornem possíveis a sua elaboração em termos adversariais, de modo que o diferente e o “vencido” não sejam eliminados da comunidade política, o faz sob a premissa de que os adversários jogam sob uma norma compartilhada, regidos sob os princípios éticos-políticos da igualdade e da liberdade. A ética da alteridade fornece fundamentos importantes para se pensar na articulação desses princípios, com vistas a tornar possível a democracia radical. O outro e a diferença, o conflito e a desestabilização passam a ser tratados como condição de existência das democracias. A ética é primeira, é anterioridade, coloca-se como fundamento angular e escapa dos discursos de elaboração moral.

É uma reflexão necessária para os tempos de hoje: reconhecimento, diferença, complexidade, alteridade e regime político. Democracia radical e ética de alteridade trazem chaves de leitura e perspectivas políticas importantes para esse enfrentamento.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003
- _____. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- _____. **Sobre a violência**. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- BRUNI, Luigino. **A ferida do outro**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010.
- COSTA, Márcio Luis. **Lévinas: uma introdução**. Trad. J. Thomas Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.
- CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV. São Paulo, 6(1), Jan-Jun 2010.
- DEWEY, John. **Democracia cooperativa: escritos políticos escolhidos de John Dewey (1927-1939)**. Edição Augusto de Franco e Thamy Pogrebinschi. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- FOGAÇA, Elton. **A ética da alteridade como fundamento do humanismo latino**. In: I Simpósio Estadual Lutas Sociais na América Latina, 2005, Londrina. **I Simpósio Estadual Lutas Sociais na América Latina - Uma outra América Latina é possível?**. Londrina: Editora Universidade, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural na esfera pública**. Tradução de Flavio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961.

KEANE, John. **A sociedade civil: velhas imagens, novas visões**. Tradução de Maria José Figueiredo. Braga: Temas e debates, 2001.

KOZICKI, Katya. **Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **A democracia e a política como devir ético: entre Lévinas e Derrida**. In: Manfredo Oliveira; Odílio Alves Aguiar; Luiz Felipe Netto de A. e Silva Sahd. (Org.). **Filosofia Política Contemporânea**. 1ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

_____; GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro; LORENZETTO, Bruno Meneses. **POLÍTICA E DIREITO: UMA REFLEXÃO SOBRE A TEORIA DA VIOLÊNCIA E DA JUSTIÇA**. Anais do CONPEDI Salvador 2008. Disponível: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/salvador/katya_kozicki.pdf

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____. **Humanismo de outro homem**. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

_____. **De Deus que vem à idéia**. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri/SP: Manole, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo: resumo da subversão pós-moderna**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1993.

_____. **Sobre o político**. Tradução Fernando Santos, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

_____. **Dimensiones de democracia radical: pluralismo, cidadania, comunidade**. 1 ed. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2012

_____. (org.) **Desconstrução e Pragmatismo**. Rio de Janeiro: Mauad, 2017.

POIRIÉ, François. **Emmanuel Lévinas**. Paris: Manufacture, 1992.

RESTREPO, Ricardo Sanin. **Teoria Crítica Constitucional: rescatando la democracia del liberalismo**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibanez, 2009.

_____. **Teoria Crítica Constitucional II: del existencialismo popular a la verdad da democracia**. 1 ed. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política I e II** - Nova edição atualizada. Buenos Aires: Struhart, 2005

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TULLY, James. **Public Philosophy in a New Key**. Volume I: Democracy and Civic Freedom. Cambridge University Press, 2009. Disponível em <http://www.cambridge.org/br/academic/subjects/politics-international-relations/political-theory/public-philosophy-new-key-volume-2?format=PB&isbn=9780521728805>

WOLIN, Sheldon. **Qué significa la acción revolucionaria hoy**. In: MOUFFE, Chantal (et al). *Dimensiones de democracia radical: pluralismo, cidadania, comunidade*. 1 ed. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2012

CAPÍTULO 6

INTERLOCUÇÕES ENTRE A DEMOCRACIA AGONÍSTICA E A POLARIZAÇÃO: O DEBATE SOBRE A DEMOCRACIA DIVIDIDA

*Alexandre Garrido da Silva
Ana Beatriz de Araújo Cerqueira*

PALAVRAS-CHAVE: Democracia agonística; Polarização; Sociedade dividida

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar as diferentes funções assumidas pelo antagonismo e pela polarização em autores que teorizam acerca da democracia. Busca-se trazer, especificamente, autores que trabalham com os conceitos de democracia radical, polarização e sociedade dividida, de forma a traçar panoramas entre as funções políticas e sociais desempenhadas pelo conflito nas sociedades democráticas contemporâneas.

Para tanto, analisa-se a obra de Chantal Mouffe no tocante ao retorno do político e sua proposta de democracia agonística, assim como os conceitos elaborados por Cass Sunstein sobre a polarização e o extremismo para compreender o fenômeno da sociedade dividida, utilizando suas contribuições para problematizar o papel das instituições democráticas na mediação dos conflitos inerentes ao pluralismo, por meio de procedimentos que tentarão, nem sempre com sucesso, impedir que adversários se tornem inimigos.

Chantal Mouffe é uma das principais críticas das teorias liberal e deliberativa da democracia, defendidas por autores como John Rawls e Ronald Dworkin, por um lado, e Jürgen Habermas e Seyla Benhabib, por outro. Em suas reflexões críticas, ressalta as limitações do tripé “racionalidade”, “individualismo” e “universalismo” que definem a teoria política liberal, substituindo-o por uma concepção de política atravessada pelo antagonismo, sensível às paixões, enraizada em um determinado contexto e colocada em prática de modo vibrante em uma esfera pública ativa na qual diferentes grupos sociais se relacionam a partir da distinção fundamental entre “nós” e “eles”.

A autora elabora um chamamento à radicalização das instituições democráticas, em um sentido eminentemente participativo, com o objetivo de resgatar a primazia do político, atualmente capturado pela Ética, pela Economia e pelo Direito, que buscam, ora neutralizar o debate sobre a política a partir de princípios – morais ou econômicos – aparentemente inafastáveis, com pretensão à racionalidade e à universalidade, ora atribuir a “última palavra” sobre questões complexas e controvertidas na sociedade a instituições econômicas e jurídicas supostamente legitimadas, respectivamente, pela neutralidade técnica inscrita no funcionamento das “leis de mercado” e pela argumentação pretensamente “racional” promovida por seus membros.

A partir da interlocução entre os pensamentos de Mouffe e Sunstein, pretende-se discutir a aparente tendência da discussão política nas democracias contemporâneas em migrar do campo agonístico – ou adversarial – para a polarização político-social, colocando em risco os fundamentos normativos da democracia constitucional, especialmente o direito fundamental à igual consideração e respeito. Desta forma, procura-se conceber qual seria a posição a ser ocupada pelo agonismo e pela polarização no interior da teoria e prática democráticas, bem como discutir mecanismos institucionais capazes de proteger os direitos fundamentais do potencial de desintegração política e jurídica inscrito no fenômeno da polarização social.

DESENVOLVIMENTO

Muitos autores destacam a decadência do conflito na teoria política, principalmente a partir dos anos 1980, quando se passou a dar enfoque nas teorias que ressaltam e valorizam o consenso. Miguel (2014, p.13) ressalta que, esta “decadência do conflito” não apenas se observa em teorias da integração social, cujo principal expoente é Emily Durkheim (1858 – 1917), mas encontra-se também inserida em pensadores que se enquadram em um panorama crítico e pluralista, como Jürgen Habermas e John Rawls. Em consonância com esta análise, Vitullo (2007) é enfático ao apontar que nas principais obras de ciência política das últimas décadas o conflito é colocado de forma subestimada, de forma a ser persistentemente negado como um componente da democracia, sendo apontado por muitos teóricos como um “obstáculo a ser superado, como um elemento negativo para a preservação do equilíbrio político e para a existência da própria democracia” (Vittulo, 2007).

Na teoria hegemônica contemporânea este desprezo pelo conflito vem acompanhado, muitas vezes, pela sublimação do consenso, pelo apreço à razão humana e à capacidade transcendental do diálogo e da deliberação. Neste ponto torna-se impossível não tocar nos principais teóricos da democracia deliberativa e do liberalismo político, Habermas e Rawls, que apesar de suas

enormes divergências teóricas têm em comum tais características. Segundo John Rawls, o dilema do conflito torna-se superável através do uso do “véu da ignorância”, uma ferramenta teórica que seria capaz de tornar os seres humanos imunes e despidos de suas preferências, crenças e concepções políticas, além de desconhecedores de sua posição social e de sua situação econômica. Só assim, imunes à parcialidade, estariam aptos a participar do debate político, que por sua vez, seria enclausurado por uma abordagem moral ou ética.

Em Habermas, o consenso seria o objetivo implícito de qualquer troca comunicativa, sendo o agir comunicativo caracterizado pela busca do entendimento entre os que se comunicam, permitindo a integração social, tendo como objetivo o alcançar de uma compreensão sobre algo no mundo. Em contraponto à ação comunicativa, encontramos as ações instrumentais e estratégicas, voltadas para o sucesso na consecução de objetivos definidos anteriormente, sendo a política, para o autor, um campo dominado pela ação estratégica, em que a interação é mediada por uma moeda sistêmica, qual seja, o poder (Habermas, 1987, p. 325). O processo de deliberação, em Habermas, teria resultados razoáveis assegurados, desde que estabelecidas condições do “discurso ideal”: quanto mais igual e imparcial, mais aberto será o processo; quanto menos os participantes são coagidos e prontos para serem guiados pela força do melhor argumento, mais os interesses verdadeiramente generalizáveis poderão ser aceitos por todos os afetados de modo relevante (Mouffe, 2005, p. 168).

Acerca de Habermas e a questão do conflito, Touraine (1999, p. 360) destaca que, apesar de Habermas estar certo ao afirmar que não existe cidadania sem algum grau de consenso, aberto à argumentação e ao debate, o “agir comunicativo” por si só “não desemboca sobre a integração das perspectivas e das demandas; eles só podem pôr às claras o insuperável conflito entre o poder dos aparelhos e a liberdade do sujeito pessoal”.

Para Habermas e Rawls, apesar dos caminhos teóricos divergentes que tracejam, a concepção de democracia é caracterizada por uma discussão pública racional, livre e razoável, constituindo, nas palavras de Rawls, uma “democracia constitucional bem-ordenada”, caracterizada por deliberações que teriam como objetivo e possível resultado normas que seriam aceitas de forma consensual pelos demais, graças aos princípios universais de justiça ou à “razão pública” que, segundo Rawls, expressaria os princípios e elementos constitucionais essenciais presentes em uma sociedade democrática pluralista. O pluralismo, para Rawls, constitui um fato histórico somente superável pelo chamado “fato da opressão”, isto é, por regimes políticos autoritários; por outro lado, em situações extremas ou “não razoáveis” poderia constituir uma ameaça à própria construção e estabilidade democráticas, conforme tematiza ao afirmar que o problema central do liberalismo político “é saber como uma sociedade democrática estável e justa, composta por cidadãos livres e iguais,

mas profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais, incompatíveis entre si, pode existir de maneira durável” (Rawls, 2000, p. X).

Outro ponto a se destacar na teoria de Rawls é o que o autor retrata como “concepção pública de justiça”, que seria adquirida ao se colocar o véu da ignorância e ao se aceitar a posição original, gerando pressupostos que comporiam a estrutura básica da sociedade, criando-se assim uma “redoma” de consenso. Dentro da estrutura democrática os cidadãos poderiam propor alterações e referendos baseados em suas próprias concepções de justiça, desde que “tais concepções estejam no espectro permitido pela concepção pública de justiça” (Rawls, 2005, p. 32), de forma que “doutrinas que se oponham a esse consenso precisam ser contidas, como se fossem “guerra ou doença” (Rawls, 2005, p.64). Neste ponto, Miguel (2014) adverte que “a filosofia de Rawls conduz à irrelevância da política”, pois ou as questões controversas estariam resolvidas de forma definitiva ou as instituições – jurídicas, em especial - deveriam impedi-las de entrar em pauta, por supostamente violarem princípios ou elementos constitucionais essenciais.

A questão do pluralismo é, pois, muito forte nos autores até aqui mencionados, tendo em vista que este representa uma possível quebra numa suposta coerência social, nos valores basilares e indiscutíveis nos quais essa sociedade pretende se constituir. É, pois, o pluralismo o elemento central do que temos analisado como “conflito”. Analisando este panorama, Mouffe (2015, p. 9) irá destacar que este tipo de liberalismo irá se caracterizar por uma abordagem individualista que acaba por não reconhecer as identidades coletivas, a natureza pluralista do mundo social e, afirma a autora, a indissociável onda de conflitos que esta natureza acarreta. Para Mouffe, os teóricos liberais, apesar de compreenderem que o mundo está eivado por inúmeras concepções de justiça e liberdade, de diversos valores e pontos de vista que nunca poderão ser adotados de forma conjunta, não conseguem compreender que para estes conflitos, antagonismos e contradições não há uma solução argumentativa, ideal e racional, que nunca poderão, ao serem colocados em conjunto, constituir-se de maneira harmoniosa e não conflitante (Mouffe, 2015 p. 18). Para a autora, esta abstração do conflito trará consequências drásticas ao cenário democrático, trazendo como consequência, por exemplo, conforme analisa em sua obra “Sobre o Político”, a ascensão de partidos populistas de extrema direita.

Mouffe engendra seu pensamento atacando o que seria construído como “pós-política”, conceito este que assume uma perspectiva otimista diante da globalização e seus novos aparatos e da forma consensual e deliberativa de democracia, com proximidade de teorias que vislumbram uma “democracia *sem* partidos”, “democracia dialógica”, bem como uma “soberania cosmopolita”. Para a autora o objetivo destes aparatos e do deliberacionismo seria criar um mundo além da esquerda e da direita e além do

antagonismo, porém contribuiria justamente para o contrário, para exacerbar esse potencial dissidente da sociedade. A autora ressalta a necessidade de alternativas reais de escolha, ressaltando o papel das identidades coletivas e da formação de um “nós” em contraposição a um “eles”.

A abordagem consensual, ao contrário do que se espera, pode ser uma armadilha, que ao invés de criar condições para que o corpo social se concilie, obsta os caminhos para a expressão dos antagonismos inerentes ao pluralismo. Para evitar esta armadilha a autora propõe uma “verdadeira concepção do político”, de forma que recorre, neste ponto, a Carl Schmitt, pois a medida do político para ele seria a dicotomia amigo/inimigo, ou seja, a formação de um “nós” em contraponto a um “eles”. Assim, Mouffe se coloca em uma posição em que pensa a democracia “com e contra Schmitt”, pois apesar de recusar que haja uma contradição insuperável entre o liberalismo e a democracia, leva a sério as críticas apontadas por Schmitt em relação à democracia liberal parlamentar, porém, os dois autores irão apontar caminhos diversos para a solução destas contradições.

Schmitt irá apresentar a democracia liberal enquanto uma união contraditória de princípios inconciliáveis e irá basear sua crítica, sobretudo, na questão do pluralismo. Para o autor, ao vislumbrarmos os princípios liberais da representação e do governo limitado e sendo a lógica da democracia baseada, sobretudo, na identidade entre governantes e governados, sua realização seria, portanto, inviável, tendo em vista que a lógica do pluralismo obsta o estabelecimento de um sistema total de identificações (Mouffe, 1992). É neste ponto que Schmitt irá refutar o pluralismo, propondo que uma verdadeira democracia deve ser fundada sobre a lógica da homogeneidade, onde “a vontade do Estado deve ser dada de início e não pode ser em nenhum caso o resultado de uma discussão; o povo deve poder expressar diretamente e sem mediações sua unidade política” (Mouffe, 1992).

Mouffe, em uma direção completamente diversa, nos convida a pensar que é justamente o pluralismo, ou seja, “a tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença”, o caráter a ser valorizado dentro do cenário político moderno, pois é capaz de fazer a democracia uma instância adaptada a essas flutuações. Assim,

“Ao contrário de nos queixar-mos com Schmitt, acredito que devemos celebrar, já que é a existência dessa tensão que se manifesta entre a lógica da equivalência e a da diferença, entre o princípio da igualdade e o da liberdade e entre as nossas identidades de “indivíduo” e de “cidadão”, que constitui a melhor garantia contra qualquer tentativa de realização, tanto de uma sutura definitiva, quanto de uma total disseminação. Guardemo-nos, portanto, da busca de sua supressão, pois ela conduziria a eliminação do político e à negação da democracia. Entre a visão de uma completa equivalência e de uma

pura diferença, a experiência da democracia moderna reside no reconhecimento dessas lógicas contraditórias bem como na necessidade de sua articulação. Articulação que deve ser constante e cotidianamente recriada e renegociada, e não há qualquer ponto de equilíbrio ou de harmonia definitiva que pudesse ser afinal conquistado”. (Mouffe, 1992)

A proposta agonística é, portanto, uma proposta que nega qualquer conclusão definitiva dos conflitos inerentes à vida social, mas que agrega a estes conflitos um caráter político, que deverá, aí sim, ser articulado pelas instituições políticas. O pensamento liberal, na visão de Mouffe, negaria essa formação do político, ao apontar os caminhos do diálogo e da conciliação e negar a dimensão conflitiva e antagonística. A autora é dura, afirmando que há uma tentativa liberal de aniquilar o político, tentativa tal, que estaria fadada ao fracasso. Para Mouffe, o político nunca pode ser erradicado, pois o antagonismo seria uma realidade sempre presente e o político, parte de nossa condição ontológica. A perspectiva liberal, ainda, fracassaria em sua pretensão de conciliação, pois “todo consenso se baseia em atos de exclusão” (Mouffe, 2015, p. 10).

Mouffe ainda destaca que o papel da democracia, diferente do que propõe alguns tipos de liberalismo não é superar a oposição ente nós/eles, mas criar mecanismos diferentes para que este conflito se expresse, de forma que este se torne compatível com a realidade pluralista. Neste ponto a autora ressalta o papel da política democrática de neutralizar os antagonismos potenciais existente nas relações sociais, criando uma forma de antagonismo “domesticado”. Para esta tarefa a autora propõe que, para que isto se torne realidade é preciso que haja um vínculo comum entre as partes em conflito, ponto crucial na articulação de Mouffe. Ao terem pontos em comuns, as partes não se tratariam como inimigos a serem aniquilados, mas como adversários. A dimensão antagonística que a autora defende seria, portanto, este terreno onde os conflitos existem e insistem de maneira persistente, mas se desenvolvem em um panorama regulado pelas instituições democráticas, constituindo este, o principal papel da política, o papel de ser um ponto de articulação das paixões, tornando a democracia ser uma instância vívida, que prima pelo engajamento apaixonado.

A principal diferença entre Mouffe e os consensualistas seria, portanto, o fato de que enquanto estes iriam na direção de eliminar as emoções e a paixão do espectro da política, Mouffe buscaria o contrário ao procurar mobilizar estas paixões em direção dos objetivos democráticos. O modelo agonístico seria, portanto, aquele que permite a existência do dissenso, de forma que este se alinhe com os ideais de tolerância da democracia liberal. Ao observar-se os “inimigos” enquanto “adversários” abre-se um panorama em que vige a negociação e espaço para estabelecimento de compromissos mútuos, sem abrir mão da existência do conflito. Aceitar o ponto de vista do adversário seria,

portanto, mais que uma persuasão racionalista ligada ou não à negociação de argumentos, mas a uma forma diferente de encarar seu opositor, uma forma não antagonista, mas agonística.

Há, ainda, outra diferença crucial entre Mouffe e os deliberacionistas, pois esta não considera a estrutura criada para o “abrigo” da deliberação como uma estrutura fechada, mas como uma decisão política, como algo passível de ser modificado através da luta hegemônica, algo sempre sujeito à contestação (Mouffe, 2015, p. 31). Para a autora,

“Adversários lutam, sim – até de maneira feroz -, mas de acordo com um conjunto compartilhado de regras, e suas posições, apesar de serem fundamentalmente irreconciliáveis, são aceitas como ponto de vista legítimos. A diferença fundamental entre os pontos de vista “dialógicos e os pontos de vista agonísticos” é que o objetivo deste último é transformar profundamente as relações de poder existentes e estabelecer uma nova hegemonia”. (Mouffe, 2015, p. 50).

A proposta agonista encara o modelo deliberativo como um modelo que reduz a política à ética, que dá ênfase às práticas e aos jogos da linguagem para solucionar os antagonismos e que, sobretudo, ignora o caráter irreconciliável do pluralismo de valores. Considerando tais aspectos como uma deficiência, Mouffe e seu modelo agonístico propõe uma perspectiva democrática que possa ser capaz de apreender a natureza que constitui o político. Este “político” pode ser compreendido através do ponto em que se considera que toda ordem política é a expressão de uma hegemonia, e que, portanto, “a prática política não pode ser entendida como simplesmente representando os interesses de identidades pré-constituídas, mas como constituindo essas próprias identidades em um terreno precário e sempre vulnerável” (Mouffe, 2005, p. 173).

A construção teórica de Mouffe é delineada às margens do que a autora propõe como o modelo deliberativo e o modelo agregativo, construindo-se um novo modelo que seja capaz de abrigar a ótica do pluralismo agonístico, que defende que para o bom funcionamento das instituições democráticas torna-se necessário que haja um intenso embate de posições políticas, de forma que, este confronto, longe de colocar em risco a democracia e seus elementos constituintes, é sua condição de existência. Na ausência deste embate, que deve dar-se não entre inimigos, mas entre adversários, “há o perigo de que a confrontação democrática seja substituída por uma confrontação dentre outras formas de identificação coletiva, como é o caso da política da identidade” (Mouffe, 2005, p. 175). A proposta da autora, portanto, compreende a natureza hegemônica das relações sociais e o caráter cada vez mais mutante do mundo moderno, de forma que visualiza a política como uma forma de canalizar as paixões de uma forma saudável para o espectro democrático. Nas palavras da autora,

“É esse tipo de relação que sugeri chamar de agonismo. Enquanto o antagonismo é uma relação nós/eles em que partes conflitantes, embora reconhecendo que não existe nenhuma solução racional para o conflito, ainda assim reconhece a legitimidade de seus oponentes. Eles são “adversários”, não inimigos. Isso quer dizer que, embora em conflito, eles se consideram pertencentes ao mesmo ente político, partilhando um mesmo espaço simbólico dentro do qual tem lugar o conflito”. (MOUFFE, 2015, p. 19).

A perspectiva de Mouffe no sentido de exaltar o conflito enfrenta uma segunda leva de teóricos que afirmam que estaríamos em uma “segunda modernidade”, na qual as identidades coletivas se encontrariam esfaceladas e enfraquecidas e seria, portanto, possível viver em um mundo “sem inimigos” (Mouffe, 2015, p.1). Ainda, seria possível vislumbrarmos um futuro em que fenômenos como a “teledemocracia” estariam causando uma verdadeira revolução, fazendo com que os conflitos inerentes ao pluralismo pudessem encontrar um novo canal de expressão, de forma a incrementar de maneira positiva os institutos democráticos.

É contrário a este paradigma que Cass Sunstein constrói seu pensamento teórico, de forma a alertar sobre a grande possibilidade de ocorrência de fragmentações sociais graças a ferramentas que à primeira vista, parecem fortalecer as deliberações democráticas. Ao analisar a internet o autor relata que, apesar dela possuir um campo vasto para diversas discussões, o que comumente acontece é a junção em pequenos grupos daqueles que compartilham das mesmas opiniões. O debate, assim, ao invés de ser fomentado, torna-se isolado, e os indivíduos passam a somente ouvir o eco de suas próprias vozes, sendo a troca de informação e de conhecimento blindadas em câmaras isoladas, que ao repercutirem em conjunto, formam câmaras maiores, que apenas reproduzem e reforçam crenças antes já possuídas (SUNSTEIN, 2007, p. 99-100). Neste sentido faz-se mister recordar a obra de Manuel Castells, que nos alerta que “a sociedade informacional, em sua manifestação global, é também o mundo de Aum Shirinkyō (seita Verdade Suprema), da Milícia norte-americana, das ambições teocráticas islâmicas/cristãs e do genocídio recíproco de hutus e tutsis.” (Castells, 1999, p. 41).

Sunstein, ainda, irá destacar o fenômeno da formação dos “The Daily Me”, onde cada pessoa pode construir de acordo com seu critério de preferências as notícias que lerá, os vídeos que irá assistir e os assuntos com os quais manterá contato. O autor destaca que esta “filtragem”, apesar de constituir uma comodidade, pode ser um instrumento para a fragmentação social, ao permitir que indivíduos que pensam de maneira semelhante se encontrem em fóruns semelhantes para discutirem sobre assuntos semelhantes, sem ter contato com outros pontos de vista. O autor ainda alega que, a divulgação de notícias em um jornal ocorreria de maneira mais plural em relação aos “the daily me”.

Para Cass Sunstein a democracia não se beneficia da construção dessas câmaras isoladas, destas redomas que são habitadas por pessoas que compartilham as mesmas opiniões e proferem os mesmos discursos – que muitas vezes, são discursos de ódio. A democracia só pode germinar em um terreno em que existam interesses e experiências compartilhadas, que assim possam ser debatidas em fóruns, virtuais ou não. No mundo do “Daily Me”, em que as informações são sempre escolhidas pelos usuários, e do “Infotainment”, onde muitas vezes esta busca visa o mero entretenimento, esse debate é cerceado por uma aura individualista que coloca a internet, muitas vezes, como inimiga de uma formação solidária e de uma sociedade emponderada em seus valores democráticos.

A posição de Sunstein em relação às novas mídias não é, contudo, pessimista, de forma que o autor não pretende de forma alguma negar os avanços das novas tecnologias, mas apenas ressalta que o principal desafio da sociedade global “será avaliar as novas tecnologias, incluindo a internet, questionando como as mesmas afetam a cidadania em uma perspectiva ampla (civil, política e social) e não apenas ao cidadão-consumidor” (Sunstein, 2007, p. 135-136). O autor ressalta o papel do cidadão-consumidor pois nesta perspectiva, a internet se tornou uma esteira em que é permitido comprar mais rápido e melhor, seja bens de consumo em geral, seja produtos ligados, por exemplo, ao consumo de notícias. Sunstein ainda ressalta que a rapidez com que estas tecnologias se desenvolvem apresentam um óbice à sua abstração e questionamento, de forma que não se reflete muito a respeito de suas intervenções positivas e negativas no meio social.

O autor ressalta que a internet não deve ser vista apenas como um meio de se aumentar apenas o número de informações disponíveis, mas também de incrementar o espectro de opiniões, de forma a formar cidadãos capazes de uma leitura e visão mais crítica e ampla e não meramente reduzida a opiniões fechadas e cada vez mais reforçadas. Somente assim se poderá assegurar o ideal democrático dentro de ambientes que podem ser capazes de proliferar posições extremistas. Expondo os usuários da(s) rede(s) a diferentes notícias, ideias, opiniões, estes terão acesso a experiências comuns formando o que o autor chamará de “cola social”, o que seria capaz de assegurar o valor do pluralismo e da heterogeneidade, evitando “a formação de câmaras de eco e casulos de informação que servirão como elemento propulsor de uma sociedade mais injusta e segregada” (Trein, 2013, p. 604). Mais uma vez, Castells irrompe ao nos alertar que

“quando a comunicação se rompe, quando já não existe comunicação nem mesmo de forma conflituosa (como seria o caso de lutas sociais ou oposição política), surge uma alienação entre os grupos sociais e indivíduos que passam

a considerar o outro um estranho, finalmente uma ameaça. Nesse processo, a fragmentação social se propaga, à medida que as identidades se tornam mais específicas e cada vez mais difíceis de se compartilhar.”

No mesmo sentido de Sunstein, Pérez Luño irá desenvolver seu trabalho analisando os diferentes papéis das novas tecnologias ao ingressarem no mundo jurídico ou político. Luño irá providenciar duas ferramentas teóricas para compreender os antagonismos vivenciados por estes novos padrões, criando dois pólos complementares, um positivo, que o autor chama de “*ciberciudadania*” e outro negativo, a “*ciudadania.com*”, em que o seu usuário não passa de um mero sujeito passivo, atuando como um fantoche nas mãos dos interesses públicos e privados (PÉREZ LUÑO, 2004, p.60). O autor analisa, por exemplo, o fenômeno da teledemocracia, alertando que, ao invés de garantir uma faceta mais participativa à democracia, esta pode, em contrário, se tornar “um elemento de despersonalização do cidadão e de alienação política” (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 77).

CONCLUSÃO

Embora, conforme apontamos, Durkheim pertença a uma leva de pensadores que defendem as teorias da integração social é o autor mesmo quem define que “não pode existir sociedade em que os indivíduos não divirjam mais ou menos do tipo coletivo” (1989, p. 60).

Autores como Luño e Sunstein, ao analisar as novas mídias e seus impactos nas perspectivas democráticas permitem oxigenar as análises de Mouffe, trazendo uma perspectiva nova e complementar a seus ensaios e teorias. Quando Sunstein aborda a necessidade da “cola social” é possível remetermos à transformação do inimigo em adversário em Mouffe e ao vínculo em comum necessário para que estes possam estabelecer um combate, que, embora feroz, não vise à destruição da outra parte. O que Sunstein nos traz de novo, de maneira quase cruel, é esta possibilidade de que nossos aparatos tecnológicos, tão ovacionados em razão do encurtamento das distâncias, da aproximação dos mundos, da abertura dos debates em nível global, da possibilidade de expressão de novas teorias e pontos de vista fora de uma mídia tradicional marcada pela influência do mercado, em verdade, se torne nosso novo arcabouço anti-político e, portanto, anti-democrático.

As observações de Sunstein nos remetem às seções de comentário das redes sociais e das páginas de notícias, que muitas vezes são expressão de puro ódio desonesto e, ao invés de oxigenar a discussão e ser um palco de perspectivas divergentes e plurais, tornam-se verdadeiro ringues das palavras, em que pouco se pode perceber além de ofensas e destilação ingrata de ódio.

Neste ponto, Mouffe nos alerta que “quando a divisão social não pode se manifestar em razão da pouca clareza da linha divisória esquerda/direita, as paixões não podem ser mobilizadas na direção dos objetivos democráticos e os antagonismos assumem formas que podem pôr em risco as instituições democráticas” (Mouffe, 2015, p. 120). O que Mouffe coloca como esquerda/direita pode ser por nós interpretado como qualquer posicionamento político que se apresenta de maneiras contrapostas, de forma a contrapor um “nós” a um “eles”.

Ao interseccionar o pensamento de Mouffe e Sunstein, podemos observar como os ambientes virtuais podem ser palcos de confrontos entre inimigos e ao invés de corresponderem a antigos anseios relacionados a questões como a “teledemocracia”, “ciberdemocracia” ou “democracia deliberativa” podem se constituir como mais um cenário em que nossas rupturas institucionais são expostas, aprofundadas e reverberadas.

REFERÊNCIAS

- BORDIN, João Gabriel Vieira. Contra o consenso: o “político” em Chantal Mouffe e os desafios na construção de uma nova hegemonia democrática radical. *Em Tese*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 126-154, jul. 2015. ISSN 1806-5023.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DURKHEIM, E. *As Regras do Método Sociológico*. Lisboa: Editorial Presença, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton University Press: New Jersey, 2006.
- MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, p. 13-43, Aug. 2014.
- MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 92, p. 13-43, maio/ago. 2014.
- MOUFFE, Chantal et al. Democracia y conflicto en contextos pluralistas: entrevista con Chantal Mouffe. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 749-762, Junho 2014.
- MOUFFE, Chantal. *Agonística: Pensar el mundo políticamente*. Fondo de Cultura Económica: Buenos Aires, 2014.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.
- MOUFFE, Chantal. Chantal Mouffe, la philosophe qui inspire Mélenchon, se livre en exclusivité. *Le Figaro*, França, entrevista concedida a Alexandre Devechio, publicada em Abril de 2017. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/vox/politique/2017/04/11/31001-20170411ARTFIG00090-entretien-exclusif-avec-chantal-mouffe-la-philosophe-qui-inspire-melenchon.php>>. Acesso em 22 de setembro de 2017.
- MOUFFE, Chantall. *Sobre o Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- MOUFFE, Chantall. *The Return of the political*. London: Verso, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *¿Cibercidadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.
- PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. *Paidéia* (Ribeirão Preto), Ribeirão Preto, n. 8-9, p. 77-96, Ago. 1995.
- RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA, L. S. ; NASCIMENTO, V. R. ; TREIN, A . **Republic.com: Reflexões a partir de Cass Sunstein**. In: 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 2013, Santa Maria. Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. p. 597-612.

SUNSTEIN, Cass. **A era do radicalismo**: entenda porque as pessoas se tornam extremistas. São Paulo: Elsevier, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **Republic**: divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

TOURRAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1999.

TREIN, ALINE. **CIBERCIDADANI@ e REPÚBLICA.COM**: reflexões a partir de Cass Sunstein e Perez Luño. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, n° 9, p. 1-23, 2013.

VITULLO, Gabriel Eduardo. **O lugar do conflito na teoria democrática contemporânea**. TOMO, São Cristóvão - SE, n. 10, Jan/Jun, 2007.

PARTE II

**DIREITOS HUMANOS,
CONSTITUCIONALISMO
PLURAL E DIÁLOGOS**

CAPÍTULO 7

EM BUSCA DO DIREITO DOS COMUNS: AMOR, ARTE, CIÊNCIA E POLÍTICA

José Mauro Garboza Junior

RESUMO: Este trabalho parte do problema, ao mesmo tempo, da constituição e da manutenção de questões jurídicas tomadas genericamente. Pretende-se apresentar e discutir perspectivas analíticas com vistas a encetar novas possibilidades de reflexão e composição de um novo Direito. Em uma tentativa de aproximar as condições ou procedimentos genéricos descritos pelo filósofo Alain Badiou com a situação dos antagonismos sociais listados por Slavoj Žižek, defende-se a identificação e assimilação desses dois campos por uma possível Teoria do Direito assentada em bases do Comum. Como resultado, por um lado, tem-se a nomeação de quatro condições (Amor, Arte, Ciência e Jurídico) como constituintes de tal teoria que, por outro lado, devem ser aplicadas praticamente no campo de conflitos sociais correspondente. É por essa via, como conclusão, que a “Hipótese Comunista” do Direito se faz atual e concreta para diminuir as desigualdades e não reproduzir precariedades.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito. Filosofia do Direito. Alain Badiou. Slavoj Žižek.

IN PURSUIT OF LAW OF THE COMMONS: LOVE, ART, SCIENCE AND POLITICS

ABSTRACT: *This work starts from the problem of, at the same time, the constitution and the maintenance of juridical questions taken generically. The aim is to present and discuss analytical perspectives in order to open new possibilities for reflection and composition of a new Law. In an attempt to approximate the general conditions or procedures described by the philosopher Alain Badiou with the situation of the social antagonisms listed by Slavoj Žižek, we defend the identification and assimilation of these two fields by a possible Law Theory based on the bases of the Common. As a result, on the one hand, there is the naming of four conditions (Love, Art, Science and Legal) as constituents of such a theory that, on the other hand, should be applied practically in the field of corresponding social conflicts. It is by this way, as a conclusion, that the “Communist Hypothesis” of Law is made current and concrete to reduce inequalities and not reproduce precariousness.*

KEYWORDS: *Theory of Law. Philosophy of Law. Alain Badiou. Slavoj Žižek.*

INTRODUÇÃO

A transição para o século XXI traz consigo novos desafios e horizontes a serem enfrentados e analisados pela produção teórica jurídica mundial. Muitos dos teóricos no começo deste século tentaram desde logo compreender a conjuntura sócio-política: Giorgio Agamben com sua tetralogia *Homo Sacer*, que cronologicamente vai de *Poder Soberano e a Vida Nua* à *Stasis: Guerra Civil como Paradigma Político* (1995-2015); Antonio Negri com a renovação pós-modernista da política: *Império* (2000), *Multidão* (2004) e *Bem-estar Comum*

(2009); Peter Sloterdijk e sua teoria esferológica em três paradigmas esferiais: as *Bolhas - microesferologia* (1998), os *Globos - macroesferologia* (1999), e as *Espumas - pluriesferologia* (2004); Roberto Esposito com suas investigações comunitaristas: *Communitas* (1998), *Immunistas* (2002), *Bios* (2004); Alain Badiou com sua proposta de refundação ontológica a partir do múltiplo puro: *Ser e Evento* (1988), *Lógica dos Mundos - Ser e Evento 2* (2006), *A Imanência da Verdade - Ser e Evento 3* (2018). Trata-se do “tempo das trilógicas”.

Essa nova configuração social tem como ponto de convergência o retorno para questões referentes ao conjunto das comunidades. Em cada forma de apresentação, os autores mencionados constroem sua visão de mundo. O ponto de contato entre eles reside justamente neste esforço constante de organizar uma forma de ordem, de normatividade (que se confunde ou não com o jurídico) cuja meta é estabilizar o nível elevado de conflitos existentes nos cenários cotidianos. É o que se pode chamar de *variações do comum*.

Diante dessa cartografia, o que se quer estabelecer são condições para um novo Direito que esteja paralelamente atrelado às indicações teóricas apresentadas neste trabalho: *incorporar as condições que movem o desejo pela filosofia a um projeto de Direito abrangentemente consistente*. Mesmo que superficial e provisória, trazer elementos teóricos concretos para dar forma a um sistema já parece um desafio demasiado importante.

Sendo assim, para que essa defesa esteja alinhada, a única maneira de captar o porvir é pela defesa da “Hipótese Comunista”¹, vale dizer, um Direito dos Comuns. Para falar desses Comuns, quatro domínios/condições serão ligados por meio de um esquema *tetraédrico-estruturante*, quais sejam as regiões que se denominam Amor, Arte, Ciência e Política.

Sem pretensão de esgotamento, defende-se a identificação crucial dos problemas fundamentais de um suposto direito futuro se apresente como herdeiro tanto da tradição constitucionalista-legal quanto da tradição democrático-política². Ainda, mesmo incorrendo em impropriedades metodológicas a respeito do campo dentro do qual essa pretensa teoria pode circular (se se está falando

¹ O termo “Hipótese Comunista” tem suas origens a partir do esforço de alguns teóricos contemporâneos em renovar o que se entende ainda hoje pelo nome de *comunismo*. Trata-se de inventar novas formas políticas, sociais e jurídicas que dêem conta das mudanças estruturais ocorridas principalmente a partir dos anos de 1990. O marco histórico desse resgate se deu com as várias conferências conhecidas por “The Idea of Communism” organizada pelo Birkbeck Institute for the Humanities em março de 2009. Ali estavam reunidos Alain Badiou, Judith Balso, Bruno Bosteels, Susan Buck-Morss, Costas Douzinas, Terry Eagleton, Peter Hallward, Michael Hardt, Jean-Luc Nancy, Antonio Negri, Jacques Rancière, Alessandro Russo, Alberto Toscano, Gianni Vattimo e Slavoj Žižek.

² A necessidade de se tomar como base campos de discussão tão amplos se dá na exata medida em se procura dialogar com o auxílio do imaginário oficial. É só a partir deste ponto de vista que se pode falar em tradições “constitucionalista-legal” e “democrático-política” – pólos que resumiriam quase toda a trajetória político-jurídica do pensamento ocidental. Apesar ambos os termos padecerem de

de uma Filosofia do Direito, ou de uma Teoria do Direito, ou até mesmo de uma Teoria da Justiça), o que se espera com essas operações é apenas indicar as duas vias pelas quais esse Direito se orienta.

A dificuldade de localização típica do atual regime de temporalidade não deixa que os cânones tipicamente estabelecidos da área jurídica sofram abalos consideráveis. Esse ponto de vista necessita a invocação da urgência da interdisciplinaridade. Sendo assim, os juízos políticos, valorativos e axiológicos aparecerão unidos e indissociáveis. Do mesmo modo que a Sociologia, a Filosofia e o Direito.

É com esse grau de indeterminação que se quer alargar o conceito de Direito alcançando-o com o conceito de Comum. É da constatação de pontos de contato como condição de possibilidade de atualização em um pensamento jurídico capaz de se autodefinir e dizer de suas próprias categorias e institutos e de preencher a lacuna deixada pelo esvaziamento substancial da atual configuração. Trata-se de um movimento que tenta harmonizar uma Teoria do Sujeito, uma Teoria da Decisão, uma Teoria da Norma e uma Teoria da Ação.

A insustentável posição assumida pelo Direito após a declaração apressada do fim das grandes narrativas se mostra, ano após ano, como um fracasso. Um regime de urgência que não faz mais que gerenciar as desordens sem, no entanto, enfrentar a grande questão de uma ordem comum. Divididas em três partes, tratar-se-ão respectivamente, no primeiro tópico, algumas localizações para que a superação do discurso pós-moderno possa ser superado; no segundo tópico, a apresentação do esquema filosófico de Alain Badiou, suas condições da Filosofia e a tensão do mundo contemporâneo em obstruir qualquer processo de verdade; no terceiro tópico, a descrição dos antagonismos e das frentes de lutas sociais vistas por Slavoj Žižek a partir de suas “áreas comuns”. Ao final, serão tecidas algumas conclusões a respeito da tentativa de uma aproximação com o mundo jurídico.

1. O FIM DAS GRANDES NARRATIVAS?

As turbulentas mudanças estruturais da segunda metade do século XX instauraram, no campo do pensamento reflexivo filosófico, uma crise sem precedentes na linha de orientação teórica. Não apenas os valores acadêmicos passaram a se transfigurar como também os afetos de toda ordem seguiram por essa tendência do Novo Tempo do Mundo³.

mais determinação conceitual, o que está em defesa é apenas uma indicação, afastando assim o enfrentamento direto.

³ Sobre o Novo Tempo do Mundo, livro homônimo de Paulo Arantes em que se discute teses de fundamental importância (dialogando com Reinhart Koselleck) sobre a dialética do tempo como manifestação

Alguns anos depois dessa ressaca, sente-se ainda ressoar as lições de Jean-François Lyotard a respeito dessa nova condição dita em seu livro homônimo como “Pós-Moderna”, sua constatação de que se tratava de uma “incredulidade em relação aos metarrelatos”, ao mesmo tempo da decadência da “função narrativa perde seus atores (*functeurs*), os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo”⁴. Apesar das potentes críticas feitas pelo autor naquele momento, pode-se dizer que seu legado deixou mais desentendimentos que propriamente uma herança positiva. Incluído no rol dos “livros muito citados e pouco lidos”, *A Condição Pós-Moderna* (1979) tem mais relação com a percepção de esgotamento de uma dinâmica pretensamente revolucionária que propriamente uma homenagem ao tempo inquietamente veloz incapaz de se consolidar em blocos. É pela fraqueza do tempo narrativo que tradições abrangentes como o Marxismo ou mesmo a Fenomenologia não conseguem mais tocar seus princípios originários. Erige-se um impedimento externo a esses discursos antes de uma alegação de que eles mesmos seriam ingênuos, uma tomada “*avant-coup*”.

No início do século XXI, em relação ao seu momento de chegada, a teoria do pós-modernismo encontra-se estabelecida na Filosofia durante o final da década de 1970 e início dos anos 80. Após o aparecimento dos principais trabalhos filosóficos nesse período, muito já se refletiu sobre a influência desse conceito, sobre suas bases e sobre suas origens. Longe de se incluir ao pós-modernismo, aquela temporalidade histórica carregava certas características que poderiam aparecer no plano dos pensadores teóricos: o resgate e promoção do pensamento de Friedrich Nietzsche e sua “força subjetivizante”; a herança heideggeriana vinda da primeira metade do século XX; o acontecimento do *linguistic turn*, da filosofia da linguagem e da análise materialista dos discursos, entre outros. Mesmo que haja tantas influências nessa montagem, pode-se dizer que o período pós-70 é marcado por uma “produção acelerada sem tradição”⁵.

do “espaço de experiência” e do “horizonte de expectativas”. Cf. Paulo Arantes, *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*, Estado de Sítio (São Paulo: Boitempo Editorial, 2014); Reinhart Koselleck, *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*, trans. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco (Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999); Reinhart Koselleck, *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, trans. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira, rev. César Benjamim (Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006).

⁴ Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*, trans. Ricardo Corrêa Barbosa, 12. ed. (Rio de Janeiro: João Olympio, 2009), xvi.

⁵ Destaco: “Nos últimos quarenta anos assistimos a uma dissolução progressiva das escolas e correntes consolidadas, e em decorrência disso já não é muito útil, por exemplo, a distinção clássica entre jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico, que por muito tempo permitiu que nos orientássemos entre as posições dos diversos autores, mesmo que de maneira às vezes um pouco esquemática e forçada. (...) Outra característica do debate filosófico-jurídico contemporâneo é a notável ampliação do âmbito temático: ao lado das problemáticas tradicionais – que vão da teoria da justiça à ciência jurídica, da teoria da norma à teoria do ordenamento – o filósofo do direito está hoje cada vez mais empenhado em tratar de questões específicas, que o aproximam do

Se não bastasse o pensamento filosófico, à tradição jurídica restou acompanhar esse processo culminando sua implosão da tradição em benefício da resolução instantânea dos problemas mais imediatos, levando-se sempre em consideração os números, funções e a alta performance. O resultado: a cronometrização das prestações legais, acadêmico-jurídicas e jurisdicionais entra agora em um regime de discursividade em que não se consegue mais se desvencilhar da gestão empreendedora e da mentalidade corporativa tais quais.

Contra a tese dos “Fins dos Grandes Relatos”, sublevo-se a tal perspectiva o filósofo Alain Badiou resgatando a capacidade narratológica da Filosofia como única significação para sua definição. Seguindo as turbulentas manifestações européias, desde 68 Badiou tenta enfrentar essa situação embaraçosa criada pelas proposições poéticas de seus adversários teóricos. O resgate da filosofia à época por parte de Alain Badiou era de que, na França, naquele momento não haveria mais que uma dezena de filósofos⁶.

A proposta de revalorizar os fundamentos filosóficos seguindo linhas bem demarcadas da tradição abriu-se no horizonte a possibilidade de se criar um “Novo Grande Relato” – um sistema de pensamento que conseguisse levar em consideração grande parte dos temas contemporâneos orientados por sua coesão interna e consistência metodológica. Se essa hipótese for necessariamente possível, tem-se então, a partir de sua derivação ou modelagem, uma nova ideia para se esquadriñar uma Teoria do Direito e uma Teoria da Justiça que respeite o “Grande Relato”⁷.

Como exemplo de sua empreitada, Badiou, em sua obra *Manifesto pela Filosofia* (1989), afirma:

Uma vez delimitado o desempenho da filosofia, o patos de seu “fim” dá lugar a uma bem outra questão que é a de suas condições. Eu não sustento que a filosofia seja a todo instante possível. Proponho examinar, em geral, sob que condições ela o é, na conformidade com sua destinação.⁸

filósofo moral, do filósofo político, do profissional de informática, do médico, do sociólogo.” Carla Faralli, *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios* (São Paulo. WMF Martins Fontes. 2006) 1-2.

⁶ Alain Badiou, *Manifesto pela filosofia* (Rio de Janeiro: aoutra editora, 1991), 1. Destaco: “Os filósofos vivos, na França de hoje, não há muitos, embora haja, sem dúvida, mais do que em outros lugares. Digamos que os contamos, sem dificuldade, pelos dedos das mãos. Sim, uma pequena dezena de filósofos, se entendemos com isto os que propõem para nosso tempo enunciados singulares, identificáveis, e se, conseqüentemente, ignoramos os comentadores, os indispensáveis eruditos e os vãos ensaístas”.

⁷ Entende-se, para fins já justificados neste trabalho, por Teoria do Direito uma acepção do funcionamento e da função do direito na vida cotidiana, pelo viés do imaginário social espontâneo e corriqueiro. O mesmo poderia ser dito a respeito da Teoria da Justiça. O que se quer com isto é afastar qualquer confrontação teórica com autores de vários segmentos a respeito do conceito mais adequado de direito ou de justiça. Essas duas áreas são citadas apenas para fazer uma vaga referência.

⁸ Alain Badiou. *Manifesto pela filosofia* (Rio de Janeiro: aoutra editora, 1991), 4. A respeito da mesma problemática, Badiou continua “a filosofia teve um começo; ela não existe em todas as configurações

As recentes mudanças na configuração e na formatação sociais exigem como resultado os melhores êxitos possíveis quando o assunto é o próprio Direito. A partir dessa premissa fundamental, a tentativa atual de remanejar teoricamente as propostas jurídicas até então vigentes talvez seja a tarefa dos operadores do direito desse novo século.

2. O DIREITO DOS COMUNS E SUAS CONDIÇÕES

Para se tratar o Direito a partir de outra forma, é preciso que algumas reformulações sejam tomadas como verdadeiras (ou, no mínimo, como verídicas) a partir do ponto de vista do engajamento. Com isso se quer dizer que a hipótese defendida não tenta solapar qualquer forma de entender e conceituar os fenômenos jurídicos, mas apenas e tão somente de oferecer uma orientação consistente que seja levada a cabo por aqueles que a consideram fundamental para sua aplicação, um pensamento “para militantes”⁹.

Para a construção desse campo, é importante estabelecer alguns critérios por meio dos quais essa possibilidade de verificação possa ter validade. No caso da Filosofia, ao comentar essa problemática, Alain Badiou afirma que se “a filosofia teve um começo; ela não existe em todas as configurações históricas” e, “é mesmo preciso supor que ela exige condições particulares.”¹⁰ Em decorrência da própria natureza do pensamento articuladamente teórico, a produção das condições de qualquer sistema que defende uma certa consistência se faz importante. O filósofo francês estabelece seus critérios a partir de quatro condições pelas quais a existência própria da Filosofia é possível, é o que é por ele chamado de *desejo pela Filosofia*:

Afirmaremos então que há quatro condições da filosofia, a falta de uma só delas acarretando sua dissipação, bem como a emergência de seu conjunto condicionou sua aparição. Estas condições são; o matema, o poema, a invenção política e o amor. Chamaremos estas condições de procedimentos *genéricos*, por razões sobre as quais retornarei mais adiante e que estão no centro de *O*

históricas” e, “é mesmo preciso supor que ela exige condições particulares. Trata-se do esforço engajado subjetivo em defesa de uma ideia que cuja existência material ainda está em falta no mundo, apenas pela defesa da Ideia é que um evento possa emergir em um estado da situação. Ibid., 7.

⁹ Essa intencionalidade é expressa teoricamente pela categoria filosófica do *engajamento*. Longe de ser algo próximo ao fanatismo, a intencionalidade e o engajamento são componentes essenciais para que o manejo teórico e a produção de conceitos, categorias e noções possam ganhar sua significação. Em outras palavras, estar engajado é fazer que uma teoria passe a revestir-se com o estatuto/a aura da legitimidade – sem, no entanto, desconsiderar as múltiplas outras formas de pensamento. Como não é possível produzir uma aceitação por parte de outro (é uma ação individual, uma tomada de postura), a tarefa é estabelecer as condições para que haja um engajamento.

¹⁰ Alain Badiou. *Manifesto pela filosofia* (Rio de Janeiro: aoutra editora, 1991), 7.

Ser e o Evento. Essas mesmas razões estabelecem que os quatro tipos de procedimentos genéricos especificam e classificam, a esta luz, todos os procedimentos suscetíveis de produzir verdades (só há verdade científica, artística, política ou amorosa). Pode-se dizer então que a filosofia tem por condição que haja verdades em cada uma das ordens em que são atestáveis.¹¹

O *matema*, o *poema*, a *invenção política* e o *amor*. A Filosofia como renovadora dos desafios contém, como defende o filósofo Alain Badiou, quatro componentes básicos para sua existência, ou, em suas palavras, “quatro condições que caracterizam o *desejo* de filosofia”¹². Esses componentes deverão estar juntos e perenemente alinhados uns aos outros abrindo margem para harmonizá-los com suas devidas diferenças. Essa convivência pacífica é chamada por Badiou como *condição de possibilidade*.

A revolta, a recusa de ficar instalado e satisfeito. A lógica, o desejo de uma razão coerente.

A lógica, o desejo de uma razão coerente.

O universal, a recusa do que é particular e fechado.

A aposta, o gosto pelo encontro e pelo acaso, o engajamento e o risco.¹³

¹¹ Alain Badiou. *Manifesto pela filosofia* (Rio de Janeiro: outra editora, 1991), 9.

¹² A estratégia aqui é a da redução metodológica. Há outras fórmulas de “redução” teórica oriunda da teoria psicanalítica de matriz lacaniana: os *matemas* (*les mathèmes*), o *mitema* (*mythème*) de Claude Levi-Strauss, é possível visualizar a *epistème* de Michel Foucault, o *personagem filosófico* de Gilles Deleuze, as *estruturas a priori do entendimento* kantianas, a “*Ideia*” platônica, o *hábito* de David Hume, a *norma jurídica* de Hans Kelsen, o *sujeito de direito* de Eugeny Pachukanis, a *soberania* de Carl Schmitt, e a *pulsão* de Sigmund Freud, e muitos outros.

¹³ Alain Badiou, *Para uma nova teoria do sujeito: conferências brasileiras* (Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994), 12. Destaco ainda na página seguinte: “Ora, acredito que o mundo contemporâneo, o nosso mundo, é oposto a esse desejo, o nosso mundo não quer e não gosta da filosofia. Porque esse mundo é oposto aos quatro componentes do desejo da filosofia. Nosso mundo não gosta da revolta nem da crítica. É um mundo que crê na gestão e na ordem natural das coisas. Desde o desmoronamento da ideia comunista, este mundo não oferece nenhuma perspectiva de revolta. Ele pede a cada um para adaptar-se. É um mundo do simples cálculo individual. Nosso mundo não gosta da lógica nem da coerência racional. Ele está submetido à comunicação, às imagens. Ora, o mundo das imagens, o mundo da mídia, é instantâneo e incoerente. É um mundo muito rápido e sem memória. Um mundo em que as opiniões são ao mesmo tempo extremamente móveis e extremamente frágeis. Sustentar firmemente uma lógica do pensamento é, portanto, muito difícil. Nosso mundo não gosta da universalidade. Ou melhor: a única universalidade que ele conhece é a do dinheiro. É a universalidade daquilo que Marx chamava de equivalente geral. Fora da universalidade do mercado e da moeda, cada um está encerrado em sua tribo. Cada um defende sua particularidade. Nosso mundo justapõe a falsa universalidade do capital e o gueto das culturas, das classes, das raças, das religiões. Desejar um pensamento universal é, portanto, muito difícil. Nosso mundo não gosta da aposta, do acaso, do risco, do engajamento. É um mundo obcecado pela segurança, é um mundo onde cada um deve, o mais cedo possível, calcular e proteger o seu futuro. É um mundo da carreira e da repetição. um mundo onde o acaso é perigoso. Um mundo onde não devemos nos abandonar aos encontros. Um mundo onde é preciso ter uma tática de vida e onde não se deve, portanto, apostar sua própria existência.”

É evidente que há forças reacionárias que preservam o instinto de nada alterar. Como defende o filósofo, quatro componentes básicos mobilizam o pensamento filosófico contemporaneamente. A revolta como fato político de insatisfação constante frente aos fatos cotidianos injustamente cometidos que exploram e dominam. A lógica como atividade rigorosa para a argumentação, convencimento e defesa dos próprios compromissos. O universal como aquele impulso de sempre alargar as convicções o maior número de possível. E a aposta, isto é, a crença naquilo em que se acredita ciente de se estar correndo o risco de perder algo valioso de/para si. Esses quatro campos propulsores de uma Nova Filosofia capaz de se afirmar por si mesma, ou, no jargão de Badiou, são as fontes para quatro *procedimentos de verdade* diferentes.

Se simplesmente fosse seguida essa tarefa, os quatro mandamentos como regras para a vida no estilo de recomendações de auto-ajuda, o mundo seria colorido e pouco real. Para cada condição, é necessário que haja uma força reacionária que tensiona em sentido contrário esse desejo pela filosofia, essas forças preservam o instinto de imobilismo em clara oposição à Filosofia.

É nesse mundo em que se está localizado, e à sua historicidade Badiou nomeia:

O mundo contemporâneo é, assim, duplamente hostil aos processos de verdade. O sintoma dessa hostilidade dá-se por superposições nominais: onde se deveria manter o nome de um procedimento de verdade, vem outro nome, que o recalca. O nome cultura vem obliterar o da arte. A palavra técnica oblitera a palavra ciência. A palavra gestão oblitera a palavra política. A palavra sexualidade, que tem o imenso mérito de ser homogêneo no mercado e cujos termos, aliás, designam uma rubrica da apresentação mercantil, é a superposição nominal moderna do sistema arte-ciência-política-amor, que identifica tipologicamente os procedimentos de verdade.¹⁴

Esses quatro campos que constituem as condições da Filosofia também devem constituir as condições de uma nova Teoria do Direito pelas possíveis contribuições, respectivamente, da Teoria Psicanalítica, da Hermenêutica Jurídica, do Positivismo Jurídico e da Teoria Crítica do Direito e do Marxismo.

Na condição do Amor, o debate acerca da construção estrutural das subjetividades e o problema do inconsciente e suas operacionalizações foi substituído pelo debate da sexualidade e da defesa identitária das minorias que, ao fim e ao cabo, tornam-se meras opiniões e exclamações em grande parte dos espaços públicos. Cabe à Teoria Psicanalítica – de Freud a Lacan – resolver e retornar às questões de forma rigorosa.

¹⁴ Alain Badiou, *São Paulo: a fundação do universalismo*, Estado de Sítio (São Paulo: Boitempo, 2009), 19.

Para concluir esta seção, é preciso adicionar mais alguns elementos. Para cada campo dos antagonismos sociais, cada condição deve necessariamente estar articulada em quatro critérios: 1) *critério em si* – leva-se em consideração sua própria condição; 2) *critério para si* – leva-se em consideração a abrangência e os espaços objetos; 3) *critério para outro* – leva-se em consideração as outras condições em relação com ela própria; e 4) *critério personagem* – leva-se em consideração um nome próprio que inicia todo o debate da teoria. Dessa forma, oferece-se o esboço seguinte que certamente nortearão trabalhos mais densos a respeito do tema:

O *Amor* como condição em si se abre então para uma Teoria do Sujeito permitindo ao Direito a prerrogativa de declarar, por si mesmo, o que é um sujeito para o próprio direito. Sendo assim, para as outras condições, serão indispensáveis a caracterização de sujeitos-que-decidem, sujeitos-suporte-de-normas e sujeitos-que-agem. Para tanto, é preciso então retornar ao personagem desse domínio: Sigmund Freud e a tradição psicanalítica inaugurada por ele.

Na *Arte*, a construção do campo se concentra em uma Teoria da Decisão. Sem qualquer referência externa, o direito deve construir um conceito de decisão que sirva para si como um instrumento de efetivação de sua inscrição. Do ponto de vista dos outros domínios, a contribuição de uma teoria da decisão faz que haja instrumentos rigorosos capazes de analisar a conjuntura em uma função crítica da cultura. O personagem filosófico referente talvez seja a figura de Carl Schmitt¹⁵.

No campo da *Ciência*, uma Teoria da Norma. Ser capaz de discernir as diferenças e variações em torno das normas, leis e regulamentos permitem ao Direito uma nova recepção da forma como a força vinculante da normatividade age. Como produto, para os outros, tem-se uma crítica da produtividade jurídica e uma análise de orientação das técnicas. O mais eminente personagem que dialoga com essa condição é Hans Kelsen.

Por fim, da *Política* resulta uma Teoria da Ação capaz de articular as outras condições rumo à transformações. Com a discriminação genérica das ações, os processos de decisão, subjetivação e efetivação atualizam-se. Além disso, a tática e estratégia políticas caminham juntas para uma teoria da organização. O que

¹⁵ Se a construção do personagem Carl Schmitt poderia contribuir para que a hermenêutica jurídica consiga alinhar novamente seus corpos teóricos (re-posição, ex-posição e de-posição), a sua figura também seria emblemática para que outras questões (a questão política primordialmente) pudessem ao menos entender em que espectro teórico se está falando. Muitos de suas célebres sentenças aparecem sem, no entanto, que a sua *força normativa de contextualização* seja efetivada. A primeira frase da obra *Teologia política* (1922) pode abrir um horizonte para os fundamentos *soberanos* dos campos da hermenêutica jurídica: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Somente esta definição pode ser justa para o conceito de soberania como conceito limite. Pois conceito limite não significa conceito confuso, como na impura terminologia da literatura popular, mas sim conceito da esfera mais extrema.” Carl Schmitt, *Teologia política* (Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006), 7.

resta dessa montagem é uma crítica da gestão e da logística como únicos caminhos atualmente possíveis para a construção social dada. O rompimento com essa lógica é dado pelo personagem Eugeny Pachukanis.

É dessa articulação *compossível* em que estão localizadas as coordenadas de um Direito que se reivindique para si como orientação à militância e que, em cada uma de suas condições possíveis, ergue uma teoria conjunta. O grande desafio para um Direito encarado como “Direitos dos Comuns” está na construção, *ao mesmo tempo*, de uma Teoria do Sujeito, uma Teoria da Decisão, uma Teoria da Norma e uma Teoria da Ação.

3. EM DEFESA DO (RE)COMEÇO DOS COMUNS

A chegada do novo milênio trouxe também uma nova perspectiva a respeito dos desafios e compromissos futuros, desafios estes que põem em xeque a própria sobrevivência da normatividade jurídica, forçando-a a estar constantemente à procura de um novo horizonte do qual necessita para se recolher. Essa radiografia do contemporâneo é apresentada, nos termos de Giorgio Agamben, como uma época em que não o discurso sobre a experiência (e, em nosso caso, a experiência jurídica) está interditado. Em suas palavras:

Todo discurso sobre a experiência deve partir atualmente da constatação de que ela não é mais algo que ainda nos seja dado fazer. Pois, assim como foi privado da sua biografia, o homem contemporâneo foi expropriado de sua experiência: aliás, a incapacidade de fazer e transmitir experiência talvez seja um dos poucos dados certos de que disponha sobre si mesmo. (...) É esta incapacidade de traduzir-se em experiência que torna hoje insuportável – como em momento algum no passado – a existência cotidiana, e não uma pretensa má qualidade ou insignificância da vida contemporânea confrontada com a do passado (aliás, talvez jamais como hoje a existência cotidiana tenha sido tão rica de eventos significativos).¹⁶

Por essa razão, a urgência do (re)começo do debate em torno dos *Comuns* (ou “*Commons*”)¹⁷ é mais que necessário. Uma sociedade mergulhada na razão cínica, só pode ver as “condições para a filosofia” (descritas na introdução e

¹⁶ Giorgio Agamben, *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*, trans. Henrique Burigo, Humanitas (Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005), 21-22.

¹⁷ A questão a respeito dos *Comuns* pode ser imaginada desde os primórdios da história da filosofia e do direito. Eles foram confundidos com o Bem Comum, com a Propriedade Comum ou também com as Terras Comuns. O resgate do termo se deu nos anos 60 a partir da defesa de certos recursos e *topos* compartilhados por todos e de propriedade de ninguém, de como esses recursos poderiam ser distribuídos, preservados e usados. Uma das maiores pesquisadoras sobre a economia dos comuns foi Elinor Ostrom, cujos estudos renderam (junto com Oliver Williamson) o Nobel de Economia no ano de 2009.

na premissa ideológico-abstrata) como divagações ou impossibilidades estruturais. Quanto ao Amor, as políticas levadas a cabo dizem respeito ao debate das identidades e minorias e nunca ao encontro criativo amoroso defendido por Badiou e a Teoria Psicanalítica – “existe um trabalho do amor, e não apenas um milagre. É preciso estar ativo, tomar cuidado, unir-se consigo mesmo e com o outro. É preciso pensar, agir, transformar. E aí sim, como recompensa do labor, vem a felicidade”¹⁸. O que vem a obliterar a Arte é a cultura. O multiculturalismo, nos dizeres de Žižek, “replica a própria lógica de funcionamento da nova fase de acumulação capitalista chamada tardia, com sua descentralização e sua segmentação produtiva ‘pós-fordista’”¹⁹.

No caso jurídico, o seu culturalismo permite ao campo conservador reproduzir a simples ordem imposta aos sujeitos de direito fundamentando que o costume dos antigos deve ser imposto a qualquer tempo. No campo da Ciência, o mal-entendido acerca do positivismo jurídico desloca os problemas técnicos assumindo-os como dificultadores-burocráticos de uma lógica desumana e fora da moral. Kelsen, ao defender uma ciência jurídica normativa e pura, comenta:

A tarefa da ciência do Direito é descrever o Direito de uma comunidade, i. e., o material produzido pela autoridade jurídica no procedimento legislativo, na forma dos enunciados no sentido de que “se tais condições forem satisfeitas, então deve-se proceder a tal e tal sanção”. (...) as regras de Direito formuladas pela ciência jurídica são descritivas. É importante que o termo “regra jurídica” ou “regra de Direito” seja empregado aqui num sentido descritivo.²⁰

Como última condição (Política), o direito crítico marxista tem por meta defender a sociedade mais justa possível, nem que seja pela própria superação/extinção da forma jurídica. A ação política, nesse sentido, permite criar e mudar as condições materiais de formas totalizantes. Pachukanis traça as linhas pelas quais uma investigação radical é possível, pois ela não deve “apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar também uma explicação materialista sobre a regulamentação jurídica como forma histórica determinada”²¹.

Conforme a exposição pode-se concluir que é a partir deste terreno que o problema será lançado. Delimitar e investigar a questão dos *Comuns* atravessado

¹⁸ Alain Badiou, *São Paulo: a fundação do universalismo*, Estado de Sítio (São Paulo: Boitempo, 2009), 31.

¹⁹ Friedric Jameson, Slavoj Žižek, *Estudios Culturales. Reflexiones sobre multiculturalismo*, trans. Moira Irigoyen (Buenos Aires: Paidós, 1998), 57.

²⁰ Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, trans. Luís Carlos Borges, 4. ed., Justiça e Direito (São Paulo: Martins Fontes, 2005), 63.

²¹ Evgeni B. Pachukanis, *Teoria geral do direito e marxismo*, trans. Silvio Donizete Chagas (São Paulo: Editora Acadêmica, 1977), 21.

pela cultura jurídica ocidental em busca de uma teoria jurídica capaz de absorver, ao mesmo tempo, as demandas externas (sociais, morais, políticas) e suas exigências internas (criação, organização e aplicação de seus enunciados).

Para tanto, a apresentação de Slavoj Žižek a respeito do sentido e a delimitação dessas grandes arelas comuns é fundamental. O filósofo esloveno apresenta-os como espaços de lutas em pleno antagonismo que, em última instância, põem em xeque o futuro da existência humana:

Portanto, mais uma vez, não baste se manter fiel à Ideia comunista; é preciso localizar dentro da realidade histórica antagonismos que dêem urgência prática a essa Ideia. A única pergunta *verdadeira* hoje é: endossamos a “naturalização” predominante do capitalismo ou o capitalismo global contemporâneo contém antagonismos suficientemente fortes para impedir sua reprodução indefinida? Há quatro desses antagonismos: a ameaça crescente de catástrofe ecológica; a inadequação da noção de *propriedade privada* em relação à chamada “propriedade intelectual”; as implicações socioéticas da *nova evolução tecnocientífica* (em especial na biogenética); e, não menos importante, a criação de *novas formas de apartheid*, os novos muros e favelas.²²

O grande mérito do Žižek ao apresentar esses quatro antagonismos de fazer a releitura dos três campos dos Comuns – construídos por Antonio Negri e Michael Hardt ao longo de suas obras. Na visão da dupla de autores, a concentração das energias deveriam ser dispendida apenas nos três primeiros campos (Natureza Interna, Natureza Externa, Social-Propriedade Intelectual), porque, para a dupla, a ação política primordial para o século XXI (aproximadamente durante a primeira década do novo milênio) era de acelerar os

²² Slavoj Žižek, *Primeiro como tragédia, depois como farsa*, trans. Maria Beatriz de Medina (São Paulo: Boitempo, 2011), 82. Žižek também apresenta uma *teoria dos cercamentos* muito parecida com a obliteração do mundo de Badiou em outros trechos de outras obras. A título de exemplo, destaco apenas um: “Hoje, contudo, nossa própria realidade sociopolítica impõe versões múltiplas das intromissões externas, traumas que são apenas interrupções brutais e sem sentido que destroem a textura simbólica da identidade do sujeito. Há, em primeiro lugar, a violência física brutal: ataques terroristas como os do 11 de Setembro, o bombardeiro de ‘choque e pavor’ dos Estados Unidos contra o Iraque, a violência das ruas, os estupros etc., mas também as catástrofes naturais, os terremotos, os furacões etc. Há, em segundo lugar, a destruição ‘irracional’ (sem sentido) da base material de nossa realidade interior (tumores cerebrais, mal de Alzheimer, lesões no cérebro etc.), que podem mudar totalmente e até destruir a personalidade do doente. Há, por fim, os efeitos destrutivos da violência sociossimbólica, como a exclusão social. (Devemos observar que essa tríade reflete a tríade das arelas comuns: a natureza externa, a natureza interna, a substância simbólica.) É claro que a maioria dessas formas de violência é conhecida há séculos, algumas desde a pré-história da humanidade. A novidade é que, como vivemos uma época pós-religiosa ‘desencantada’, elas são vividas de modo muito mais direto como intromissões sem sentido do real e, por essa mesma razão, embora de natureza totalmente diferente, parecem pertencer à mesma série e produzir o mesmo efeito.” Slavoj Žižek, *Vivendo no fim dos tempos*, trans. Maria Beatriz de Medina (São Paulo: Boitempo, 2012), 264.

processos decorrentes da mudança estrutural de uma sociedade pós-fordista: as forças produtivas (natureza interna), os meios de produção (natureza externa) e força de trabalho (intelectual-social).

Pelas suas influências (Michel Foucault, Gilles Deleuze, Friedrich Nietzsche e Baruch Spinoza), Negri e Hardt imaginam a luta no plano da superficialidade imanente, uma arena que não abre espaço para o negativo, para a falta. O que Žižek tenta fazer é: primeiro, rachar cada um dos três campos fazendo que o embate neles entrem em movimento pendular que ora pode cair para lado do Seqüestro/Exclusão, ora pro lado do Comum – com isto, tem-se uma nova configuração: a informação genética pode ser comunalizada para todos ou apropriada pelas empresas farmacêuticas; o problema da catástrofe ecológica pode verter para resoluções totais ou para o levantamento de muros gigantes dentro dos quais apenas o 1% mais rico pode viver; e a questão social da propriedade intelectual o caso é da internet que poderiam ser liberada automaticamente mas em vez disso teremos que pagar mais caro de acordo com o pacote de dados comprado; e segundo, a essa constatação anterior Žižek adiciona a questão do *apartheid social* como quarto elemento determinante dos outros três; seria como se esse apartheid funcionasse como “determinante-em-última-instância” dos outros três. Isso muda totalmente a percepção dos problemas, em outras palavras, dialetiza-os.

Diante desse quadro de problematizações, a defesa de certa organização teórico-prática capaz de superar esses antagonismos se faz necessária no exato momento em que surge na teoria crítica o debate dos bens comuns. Os desafios e horizontes de possibilidades não estão dados. E pior, o perigo ronda a própria existência dos vínculos sociais.

Apesar de se tratar parcialmente de mera especulação, os efeitos dessa montagem contemporânea esboçada por Žižek já podem ser vistos como um anúncio do futuro. A isso, a própria forma como se pensa as normatividades, no sentido mais amplo possível do termo, são afetadas, e nessa reação, a própria ruína das regras e normas jurídicas bate à porta.

O que está se tentando fazer com o Direito acompanha as lições de Žižek e Badiou, trata-se de conjugar *as quatro condições representantes do desejo pela Filosofia de Badiou com os três-mais-um antagonismos contemporâneos de Žižek*. Em um segundo momento trata-se ainda de alargar o Conceito de direito para se aproximar à noção de Comuns e modelar as condições de Badiou para condições do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício teórico e metodológico deste trabalho contou com uma abordagem mais especulativa que uma revisão da bibliografia referente ao tema.

Dada a abrangência temática ainda por se fazer, a versão de uma leitura de dois filósofos e a tentativa de interpretação para o domínio do jurídico compuseram sua articulação teórica. a conclusão deve ser reformulada a partir dos apontamentos delineados no item anterior, em relação à consistência, articulação teórica e metodológica do artigo. Como resultados parciais, é preciso enfatizar que este ainda é uma pesquisa ainda em andamento. Espera-se que em projetos futuros apareçam defesas mais consistentes e rigorosas.

Começou-se a falar sobre a vigência do império do pós-modernismo e sua assunção a respeito do fim dos “Grandes Relatos”. Buscou-se demonstrar as limitações de tal visão de mundo a partir das críticas de Alain Badiou feitas a essa acepção. Em lugar dessa relativização, o retorno às grandes narrativas foi defendido. No entanto, o direito ainda se movimenta a partir do paradigma anterior.

A tentativa de articular a “Hipótese Comunista” e o debate sobre os *Comuns* caminha para essa superação. A proposição de Alain Badiou sobre o *desejo* de manter a filosofia viva a partir de suas quatro *condições* (Amor, Arte, Ciência e Política) vem para esboçar uma forma produtiva de apresentação consistente de uma teoria sistemática. Os quatro antagonismos de Žižek também indicam uma agenda de desafios postos pela chegada do século XXI. É a partir dessa combinação que a aposta em um novo direito se torna possível. Para isso, é indispensável a necessidade de alargar o conteúdo do conceito de Direito como normatividade.

Em uma rápida análise de conjuntura poder-se-ia dizer que a tensão entre a comunização e a apropriação está presentes em ao menos quatro domínios distintos. E, no caso do Direito, esses domínios podem aparecer no modo como o pensamento jurídico pensa seus sujeitos, suas decisões, suas normas, e suas ações.

O Direito não só qualifica os sujeitos dentro dos ordenamentos jurídicos, como também elenca uma hierarquia entre eles reforçando seus lugares pré-estabelecidos psicológica, sociológica e politicamente. É o caso, por exemplo, de um ordenamento jurídico em que eleva o instituto da escravidão à condições *sine qua non* daquele território. Sendo assim, a maneira de pensar seus sujeitos faz parte da tensão *Comum-Cercamento*;

O Direito também prescreve suas decisões (judiciais principalmente), mas é fundamental perceber que o horizonte das escolhas não-judiciais também é calculado pelas regras de normatividade. Desse modo, falar de decisões indica *a participação dos sujeitos construídos juntamente com o conjunto de escolhas feitas por eles dentro de um campo juridicamente construído* (excepcional). O antagonismo está aqui também presente;

As normas jurídicas positivadas cumprem o papel de meios de transmissão entre as decisões e os sujeitos automaticamente. No entanto, falar de normas dentro da dicotomia *Comum-Cercamento* é aspirar a um tipo de “normatividade” ancestral às próprias normas jurídicas, é falar de regras, e, no

sentido mais amplo do termo, é falar de Forma. Cada vez menos há espaço para uma Teoria Formal do Direito;

O produto de um sujeito, uma decisão e uma norma é uma *ação*. Trata-se de uma orientação esta que depende necessariamente do grau de compartilhamento ou de cercamento dos sujeitos, das decisões ou das normas. É possível concluir que a Teoria da Ação para o Direito parece ser a forma mais importante dentro das quais a luta pela comunização se dá.

Sem a pretensão de se esgotar ou de se encontrar respostas definitivas, o pressuposto da crítica epistemológica do direito vigente de que, é somente por meio da delimitação das condições que sustentam o novo direito, a oposição real frente ao esvaziamento substancial do Direito e o aumento desenfreado da desigualdade social é possível.

REFERÊNCIAS

Agamben, Giorgio. *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*. Translated by Henrique Burigo. (Humanitas). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

Arantes, Paulo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. (Estado de Sítio). São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

Badiou, Alain. *Para uma nova teoria do sujeito: conferências brasileiras*. Translated by Emerson Xavier da Silva, Gilda Sodré. Revised by Ari Roitman, Paulo Becker. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

Badiou, Alain. *São Paulo: a fundação do universalismo*. Translated by Wanda Caldeira Brant. (Estado de Sítio). São Paulo: Boitempo, 2009.

Badiou, Alain. *Manifesto pela filosofia*. Translated by MD Magno. Rio de Janeiro: outra editora, 1991.

Badiou, Alain, Troung, Nicolas. *Elogio ao amor*. Translated by Dorothee de Bruchard. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2013.

Faralli, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Translated by Candice Premaor Gullo. Revised by Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF MartinsFontes. 2006.

Jameson, Fredric, Žižek, Slavoj. *Estudios Culturales. Reflexiones sobre multiculturalismo*. Translated by Moira Irigoyen. Buenos Aires: Paidós, 1998.

Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Translated by Luis Carlos Borges. 4. ed. (Justiça e Direito). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Koselleck, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Translated by Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

Koselleck, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Translated by Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Revised by César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

Liotard, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Translated by Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed.. Rio de Janeiro: João Olympio, 2009.

Pachukanis, Evgeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Translated by Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1977.

Schmitt, Carl. *Teologia política*. Translated by Elisete Antoniuk. (Coleção Del Rey Internacional, v. 2) Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

Žižek, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. Translated by Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

Žižek, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Translated by Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.

CAPÍTULO 8

A INTEGRALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

*Jacqueline Lopes Pereira
Mariana Barsaglia Pimentel*

RESUMO: A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou duas características dos direitos humanos: a universalidade e a integralidade. A segunda delas parte do pressuposto de que os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais estão em uma relação de interdependência e, como tal, devem receber igual tratamento jurídico. A promessa da integralidade, contudo, não se efetivou, eis que os direitos civis e políticos recebem tratamento superior, tanto no âmbito do direito estatal, como no âmbito do direito internacional. Partindo deste problema e mediante metodologia lógico-dedutiva, o presente trabalho visa analisar o direito social à educação infantil sob o prisma da integralidade. O propósito é atingido a partir da revisão bibliográfica sobre o tema e do exame de casos submetidos aos sistemas de proteção dos direitos humanos. Demonstra-se que o compromisso da integralidade, principalmente no âmbito do direito à educação, exige atendimento e igual prioridade à dedicada a direitos civis e políticos, pois os direitos sociais, econômicos e culturais trazem em si condições materiais para a consecução da própria dignidade humana. **PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos. Direitos sociais, econômicos e culturais. Integralidade. Direito à educação infantil.

ABSTRACT: *The Universal Declaration of Human Rights (1948) enshrined two characteristics of human rights: the universality and the integrity. The second one is based on the assumption that the civil and political rights depend on the social, economic and cultural rights (and vice-versa), and as such, they should receive equal legal treatment. The promise of integrity, however, did not come true, because civil and political rights receive superior treatment in the state law and in the international law. Based on this problem and using a logical-deductive methodology, the present article aims to analyze the social right to childhood education under the perspective of the integrity of human rights. The purpose is reached through the bibliographic review on the subject and the examination of cases submitted to human rights protection systems. It is demonstrated that the commitment of integrity, especially in the context of the right to education, demands attention and priority as well as those dedicated to civil and political rights, since social, economic and cultural rights bring in themselves material conditions to achieve human dignity.*

KEY-WORDS: *Human rights. Social, economic and cultural rights. Integrity. Right to childhood education.*

1. INTRODUÇÃO

A concepção contemporânea dos direitos humanos, inaugurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, doravante DUDH, é marcada pela assunção de responsabilidades pelos Estados-nações para a proteção e promoção da dignidade humana.

A DUDH consagrou o cognominado “binômio” da proteção universal e integral dos direitos humanos. A integralidade, ou indivisibilidade, – tema de destaque no presente estudo – quer significar que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, de modo que quando uma “categoria” de direitos é violada, a outra também a é. Pode-se dizer que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, integral e interdependente, sendo os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais igualmente importantes e passíveis de proteção.

Não obstante a promessa da integralidade, a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais encontra óbice na falaciosa ideia de “escassez de recursos” dos Estados. Nas três esferas de proteção dos direitos humanos (global, regional e local), os direitos civis e políticos recebem tratamento distinto e privilegiado.

O direito à educação, qualificado como um direito social, não foge à regra: com sérios problemas de implementação, ele é relegado a segundo plano, sob a conhecida justificativa de ausência de recursos financeiros. Em recorte metodológico mais restrito, o direito à educação de crianças de até cinco anos de idade contrabalança, de um lado, condição de sobreposição de vulnerabilidades – crianças de tenra idade e em situação de miserabilidade – e, de outro lado, um suposto risco de comprometimento à ordem econômica do Estado por atender a demanda pelo serviço de cuidado e educação infantil.

Tomando como ponto de partida este problema, o presente artigo analisa o direito à educação infantil sob a perspectiva da integralidade dos direitos humanos, perpassando pela teorização das questões atinentes ao tema e repousando na análise de casos concretos julgados pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, cuja Segunda Turma tratou da violação do direito à educação infantil em razão da ausência de vagas em creches e que atualmente aguarda manifestação em Repercussão Geral a ser examinada em sua composição plena.

Para tanto, em sua estrutura, o trabalho será dividido em três partes principais: na primeira, examinam-se a promessa da integralidade dos direitos humanos e a sua finitude; na segunda, aborda-se o tema do direito à educação sob a perspectiva de tutela dos direitos sociais nos sistemas global e regional, bem como se situam os compromissos assumidos pelo Brasil para a proteção e promoção desse direito social em âmbito interno; na terceira e última parte, discute-se a garantia do direito à educação infantil pelo Poder Judiciário brasileiro contemporâneo, tendo como objeto de análise o acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal referente ao julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337 e também a decisão do Plenário da Corte que reconheceu a Repercussão Geral do Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 761.908.

Como se verá adiante, o compromisso de integralidade dos direitos humanos, principalmente no âmbito do direito à educação, precisa ser satisfeito, pois os direitos sociais, econômicos e culturais, trazem em si condições materiais para a consecução da própria dignidade humana, podendo ser garantidos pelo Poder Judiciário, especialmente no contexto de um país com tamanha desigualdade social, tal como é o Brasil.

2 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS: A PROMESSA E A FINITUDE DA INTEGRALIDADE

Os direitos humanos trazem em si um conteúdo valorativo construído a partir de um espaço simbólico¹, de embate e de ação social, caracterizando-se como direitos históricos que emergem das lutas que o ser humano trava por sua emancipação e das transformações que tais embates produzem em sua condição de vida². Nas palavras de Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos se constituem como “*processos institucionais e sociais que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana.*”³

Essa compreensão, que reconhece o arcabouço histórico e culturalmente estruturado dos direitos humanos, “*rompe com o procedimento histórico linear e evolutivo que entrevê o passado como prólogo do presente e o futuro como progresso da humanidade*”⁴ em matéria de direitos humanos e fundamentais.

Sob esta perspectiva e levando em consideração a historicidade dos direitos humanos, que estão em constante transformação, destaca-se a cognominada concepção contemporânea de direitos humanos, inaugurada pela DUDH em 1948 e confirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Essa percepção é marcada pela internacionalização da proteção da dignidade da pessoa humana, que surge no Pós-Segunda Guerra Mundial como resposta às atrocidades que ocorreram naquele período. Nas palavras de Melina Girardi Fachin, a chamada “era dos direitos” repousa “*de um lado, no valor da dignidade humana como fundamento de proteção e, de outro, no processo (inédito na abrangência e na intensidade) de internacionalização da positivação e proteção destes direitos*”⁵.

¹ Flavia Piovesan. “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 3, n. 2 (2011): 207, acesso em 30 jun., 2017, url: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1520/1773>.

² Norberto Bobbio, *A era dos direitos* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2004), 51.

³ Joaquín Herrera Flores, *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009), 18.

⁴ Melina Girardi Fachin, *Direitos humanos e desenvolvimento* (Rio de Janeiro: Renovar, 2015), 12.

⁵ Fachin, *Direitos humanos e desenvolvimento*, 19-20.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz em sua base o binômio da proteção universal e integral dos direitos humanos e, sobre esses atributos, assinala Flávia Piovesan:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.⁶

A integralidade, portanto, diz respeito à inter-relação e à interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo todos igualmente importantes e passíveis de proteção. O artigo 5º da Declaração de Viena de 1993, inclusive, dispõe expressamente que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Apesar da promessa da integralidade constar das Declarações de 1948 e de 1993, o decorrer do tempo demonstrou a supremacia dos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais⁷. Na tripla seara de proteção (global, regional e local), atribuiu-se tratamento destoante aos direitos enunciados, com a nítida ênfase nos falaciosamente denominados “direitos de primeira geração”⁸.

⁶ Piovesan, “Proteção dos direitos sociais”, 208.

⁷ “It’s often economic, social and cultural rights that get left behind. Western thinking has tended to put political and civil rights – such as freedom of expression and association, freedom from torture, slavery, arbitrary arrest and detention – above economic, social and cultural rights, such as the rights to work, education, health and housing.” (Olivia Ball e Paul Gready, *The no-nonsense guide to human rights* (Oxford: New Internationalist Publications Ltd., 2009), 31-32).

⁸ Cumpre registrar que a concepção de integralidade implica na necessidade de superação da visão segmentada que a ideia de “geração ou dimensão de direitos humanos” traz, eis que tal visão desconsidera os direitos humanos como processos históricos em constante mudança e sem hierarquia entre si. (Fachin, *Direitos humanos e desenvolvimento*).

Isso se verifica, primeiramente, no âmbito global, através da *juridicização* da DUDH – processo pelo qual essa Declaração se tornou juridicamente obrigatória e vinculante no âmbito do Direito Internacional (seja pela pulverização de tratados internacionais, seja pela criação de órgãos jurisdicionais) – que resultou, entre outros instrumentos normativos internacionais, na elaboração de dois distintos tratados no âmbito das Nações Unidas: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁹.

A disparidade da abordagem dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais é saliente nos diferentes regimes jurídicos adotados nos Pactos. Enquanto no PIDCP assegura-se a imediata garantia dos direitos lá reconhecidos, no PIDESC garante-se apenas que os Estados-Parte devem assegurar tais direitos de modo progressivo e até o limite máximo de seus recursos. Além disso, o sistema de garantias para a caução do monitoramento e implementação dos direitos civis e políticos, previsto no primeiro, é infinitamente superior àqueles previstos no segundo.

Nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (africano, interamericano e europeu) a diferença de tratamento entre os direitos humanos também é evidente¹⁰. Essa discrepância é ainda repisada no âmbito local dos Estados-Nações (conforme se verá a seguir, no que concerne ao direito à educação infantil no Estado brasileiro).

Nos três âmbitos de proteção (global, regional e local), portanto, fixou-se um regime de categorização de direitos humanos, sobretudo no que tange à sua materialização: dadas as supostas obrigações negativas, os direitos civis e políticos possuiriam aplicabilidade imediata e poderiam ser exigidos de plano, supostamente, sem dispêndios econômicos estatais; os direitos econômicos, sociais e culturais, d'outra sorte, não poderiam ser reivindicados imediatamente, porque, em tese, implicariam em um conjunto complexo de ações envolvendo custos públicos, o que recairia no argumento de suposta e permanente escassez de recursos.

Todavia, na medida em que todos os direitos são custosos – tanto aqueles relacionados às liberdades negativas¹¹, como os relacionados às liberdades substanciais¹² – a partição entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos,

⁹ Flavia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* (São Paulo: Saraiva, 2006), 152.

¹⁰ Acerca dos detalhes sobre as disparidades no âmbito de proteção regional dos direitos humanos: Fachin, *Direitos humanos e desenvolvimento*.

¹¹ É, por exemplo, o caso do direito à segurança, o direito ao voto e a garantia de um sistema judicial eficaz e justo, sabidamente dispendiosos, conforme anotam Olivia Ball e Paul Gready (Ball e Gready, *The non-sense guide to human rights*, 40).

¹² Consoante estudo realizado por Cass Sunstein, em que se verificou que todos os direitos custam e demandam uma atuação positivo do Estado (Cass Sunstein, *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. (New York: W.W. Norton & Co., 1999).

sociais e culturais é fruto de conveniência política. Pragmaticamente, pode-se dizer que *“a violação dos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção.”*¹³

Portanto, frente à integralidade dos direitos humanos, a nítida discrepância entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos sociais e culturais precisa ser superada. Nos termos expostos por Flavia Piovesan:

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. [...] A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.¹⁴

De fato, por trazerem condições materiais para a consecução de uma vida digna de ser vivida, os embaraços presentes para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais devem ser transpostos¹⁵, garantindo-se, enfim, a promessa da integralidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

3. O DIREITO À EDUCAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA INTEGRALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

3.1. A proteção dos direitos sociais e direito à educação nos sistemas global e regional

Como visto no item anterior, apesar de os direitos sociais encontrarem dificuldades práticas de execução, por demandarem uma ação “positiva” do Estado, os entraves existentes precisam ser superados, pois os direitos econômicos, sociais e culturais são autênticos e verdadeiros direitos humanos, que podem ser acionados e exigidos por seus titulares, demandando séria e responsável atuação estatal.

¹³ Piovesan, *Direitos humanos*, 175.

¹⁴ Piovesan, “Proteção dos direitos sociais”, 210.

¹⁵ “These very common divisions of rights are not only erroneous, but destructive to the pursuit of that ideal of universal human dignity that human rights represent.” (Ball e Gready, *The no-nonsense guide to human rights*, 33).

Embora inexista uma hierarquia entre os direitos sociais, pode-se dizer que o direito à educação demonstra relevância considerável, eis que guarda estrita relação com o desenvolvimento das potencialidades do ser humano, de modo que a sua proteção e promoção não pode ser menosprezada:

A educação deve possibilitar ao homem desenvolver suas habilidades e competências nas mais diversas áreas do conhecimento. Deve habilitá-lo para lidar com as múltiplas demandas que a vida constantemente lhe oferecer. Demandas de ordem econômica, material, mas também demandas afetivas, emocionais, igualmente capazes de alterar o dedicado equilíbrio da sensibilidade humana, instância principal para a percepção da dignidade.¹⁶

A proteção desse direito sob a perspectiva da integralidade dos direitos humanos o afasta da ideia falaciosa de que sua concretização é impedida pela escassez de recursos do Estado. A garantia e efetivação dos direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito à educação, é um dos objetivos dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Assim, demonstra-se a tendência do Sistema Global de direitos humanos, bem como do Sistema Interamericano, sistema regional a que o Brasil se sujeita e, para isso, delinham-se sinteticamente como é o funcionamento desses planos de proteção.

Como visto no item 2 deste estudo, o Sistema Global rompe com a promessa de integralidade dos direitos humanos, em virtude do processo de juridicização da DUDH que originou o PIDCP e o PIDESC. Sob a influência do contexto político bipolarizado da Guerra Fria, os instrumentos de proteção e monitoramento global desses dois tratados se desenvolveram separadamente.

De um lado, o artigo 28 do PIDCP prevê a constituição de um Comitê com 18 membros para a fiscalização do contido no tratado e receber reclamações individuais, possibilidade prevista no primeiro protocolo adicional do pacto¹⁷.

De outro lado, todavia, não há previsão semelhante no PIDESC, o que evidencia mais uma vez a diferença entre a proteção de direitos econômicos, sociais e direitos civis e políticos. Sem embargo, o Conselho Econômico e Social – órgão previsto no artigo 62 da Carta das Nações Unidas¹⁸ - criou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1985, responsável pelo monitoramento dos Estados através de envio por estes de informes periodicamente, bem como por contrainformes desenvolvidos pela sociedade

¹⁶ Marcia Cristina de Souza Alvim. “A educação e a dignidade da pessoa humana”, in *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*, ed. Anna Candida da Cunha Ferraz (Osasco: Edifício, 2006), 185.

¹⁷ Fachin, *Direitos humanos e desenvolvimento*, 65-66.

¹⁸ Organização das Nações Unidas (ONU), Capítulo X, “Carta das Nações Unidas”, 26 de junho de 1945, <https://nacoesunidas.org/carta/cap10/>.

civil, conhecidos como “*shadowreports*”¹⁹. Além disso, a proteção conferida ao PIDESC é complementada por seu Protocolo Adicional, que viabilizou o peticionamento individual.

Não se seleciona um caso específico sobre direito à educação do sistema global de proteção dos direitos humanos, mas mencionam-se cinco princípios que Flávia Piovesan identifica a partir da jurisprudência internacional a respeito dos direitos sociais, com base principalmente em decisões do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quais sejam: “a) o princípio da observância do minimum core obligation; b) o princípio da aplicação progressiva; c) o princípio da inversão do ônus da prova; d) o princípio da participação, transparência e accountability; e e) o princípio da cooperação internacional”²⁰.

Esses princípios se relacionam à garantia de mínimo existencial digno proporcionado pela progressiva garantia de direitos sociais, atenta a vulnerabilidades concretas e a uma postura cooperativa do Estado, tanto com a população, quanto com demais Estados. Ressalta-se que da aplicação progressiva dos direitos humanos se extrai também o princípio da vedação ao retrocesso social.

Notória é a proteção regional dos direitos humanos desempenhada pelo Sistema Interamericano. Este é composto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), situada em São José, capital da Costa Rica, e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), localizada em Washington, Estados Unidos²¹. Os direitos econômicos, sociais e culturais foram reforçados no sistema interamericano através do Protocolo de San Salvador, uma vez que a Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica) versa sobre eles em seu artigo 26²² de forma superficial e os atrela a postulados de aplicação progressiva e vinculada a recursos disponíveis.

Embora tivesse o objetivo de reforçar a proteção dos direitos sociais, o Pacto de San Salvador limitou a análise da Comissão e da Corte aos direitos à educação, liberdade e associação sindical²³ o que, uma vez mais, compromete a pretensão de integralidade dos direitos humanos.

¹⁹ Fachin, *Direitos humanos e desenvolvimento*, 68-69.

²⁰ Piovesan, “Proteção dos direitos sociais”, 214-217.

²¹ Ball e Gready, *The no-nonsense guide to human rights*, 101.

²² “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”. (Organização dos Estados Americanos (OEA), “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. 22 de Novembro, 1969, https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

²³ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e Justiça internacional* (São Paulo: Saraiva, 2006), 89.

A Corte IDH ainda não apreciou caso estritamente voltado à proteção do direito à educação (artigo 13º da Convenção), contudo, o contemplou em dois casos. Em um, o examinou de forma indireta e, em outro, mais recente, apreciou ao lado do direito à saúde.

O primeiro trata-se do caso “Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” em setembro de 2005. O caso foi levado à apreciação da Corte em 2003 por meio de submissão feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), derivada da denúncia n. 12.189, recebida por sua Secretaria em 1998.

Relatou-se, em síntese, que as crianças Dilcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi, ambas de origem haitiana, eram tratadas de forma desigual a demais crianças, pois não possuíam documentos de identificação expedidos pela autoridade da República Dominicana. Quando primeiramente consultada, a CIDH concluiu que o conteúdo descrito demonstrava a violação do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, de garantias judiciais, direitos das crianças, direito à nacionalidade, direito à igualdade ante a lei e à proteção judicial. Dentre os direitos obstados estava o direito à educação de Violeta Bosico, a qual foi impossibilitada de ir à escola pelo período de um ano devido à falta de documentos de identificação. Diante disso, o julgamento da Corte IDH tangenciou o direito à educação, ainda que indiretamente, para garanti-lo em favor de ambas as crianças²⁴. Ressalta-se que a discussão sobre o acesso de crianças à educação nos países integrantes do sistema interamericano é reiterada, tendo a própria Corte ressaltado a existência de registros de organizações não governamentais e órgãos de monitoramento local da República Dominicana:

El caso de la niña Violeta Bosico no es el único caso de niños que no pueden tener acceso a educación. Casos semejantes han sido documentados por las organizaciones no gubernamentales MUDHA y el Comité Dominicano de Derechos Humanos²⁵.

O segundo caso ora mencionado denomina-se “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, julgado em 2015, e tem como ponto central o dever de fiscalização da prestação de serviços de saúde por entidades privadas no estado equatoriano. A criança Talía Gonzales Lluy, de três anos de idade, contraiu o vírus do HIV através de transfusão de sangue contaminado em instituição privada de saúde (Cruz Roja) e, a partir de então, ela e sua família passaram a sofrer dis-

²⁴ Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, Caso 130, Corte Inter Americana de Derechos Humanos. (8 de Setembro, 2005), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

²⁵ Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, Caso 130, Corte Inter Americana de Derechos Humanos, 31.

criminação. Um dos episódios de discriminação residiu no direito à educação da menina, já que foi expulsa da escola pública em que estava matriculada quando a administração teve conhecimento de sua condição de saúde.

No julgamento, a Corte IDH teceu considerações com base no artigo 13 do Protocolo de San Salvador e ressaltou as características que devem estar presentes em todos os níveis educacionais: a disponibilidade, acessibilidade, aceitação e adaptação. No caso relatado, contudo, houve descumprimento dessas características do direito à educação em decorrência de uma ação discriminatória e contrária ao sistema internacional de direitos humanos, pois fundada em condição de saúde da criança e que demandaria maior esforço para sua integração e superação de barreiras. Assim, a Corte IDH enfatizou o direito à permanência no sistema educativo e à não exclusão de Talía Gonzales Lluy e, dentre as condenações imputadas ao Equador, esteve o dever de garantir à criança o direito à educação básica, universitária e de pós-graduação, condicionada a seu desempenho acadêmico²⁶.

O juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dedicou especial atenção em seu voto à necessidade de avanços na judicialização de direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos:

Pasados casi 46 años desde la suscripción de la Convención Americana y 27 años desde la adopción del Protocolo de San Salvador, es necesario dar pasos con mayor claridad hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales teniendo en cuenta los avances del derecho internacional de los derechos humanos²² y atendiendo a los claros avances de los Estados Parte de la Convención Americana²⁷.

A partir do panorama brevemente delineado, observa-se que nos sistemas global e regional, os direitos sociais são tratados de forma periférica aos direitos civis e políticos, e ainda que diante do caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, sua judicialização avança de forma gradual e tímida.

3.2. Os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro para a proteção e promoção do direito à educação nos tratados internacionais e na Constituição Federal de 1988

Contextualizada a postura dos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos perante os direitos sociais, impende examinar o impacto do direito internacional no âmbito local. Nesse sentido, não foram poucos os

²⁶ Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, Corte Inter Americana de Derechos Humanos. (1 de Setembro, 2015), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf, 121

²⁷ Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, Corte Inter Americana de Derechos Humanos, 159.

compromissos assumidos pelo Estado brasileiro para a efetivação do direito à educação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assinada pelo Brasil, estabelece em seu artigo 26 que:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.

O PIDESC, ratificado pelo Estado brasileiro em 1991, também traz em seu bojo (artigos 2º, 13 e 16) o dever de implementação do referido direito pelos Estados-partes, de modo progressivo, “até o máximo de seus recursos disponíveis”.

Na mesma esteira, a Convenção dos Direitos da Criança, promulgada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, institui em seu artigo 18 o dever dos Estados-partes de adotar todas as medidas adequadas para garantir às crianças cujos pais trabalham o direito de se beneficiar de serviços e instalações de assistência (creches).

Refletindo as previsões dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a Constituição Federal de 1988 insere o direito à educação no rol dos direitos sociais, prevendo que: “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.”.

Em seu artigo 205, dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração de toda a sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Reforçando o dever do Estado brasileiro na efetivação do direito à educação por intermédio de uma atuação positiva, o artigo 208, da Constituição Federal, prevê que:

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;

- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
 - III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
 - IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
 - V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
 - VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
 - VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
- § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
- § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
- § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

De todas as previsões legais trazidas, denota-se que o Estado brasileiro assumiu, expressa e reiteradamente, tanto através de tratados internacionais, quanto através dos compromissos de sua Carta Política, o dever de concretizar o direito à educação, confirmando o caráter absoluto e intangível deste direito fundamental.

O fundamento dos direitos sociais e especificamente do direito à educação, reside na *“constatação de que o homem não poderá viver uma vida plena, digna, enriquecedora, se não lhe forem satisfeitas as necessidades básicas”*²⁸ que, felizmente ou infelizmente, demandam uma atuação estatal. Assim, ante a integridade dos direitos humanos, o Estado – não pode se furtar dos deveres assumidos, sob a genérica alegação de inviabilidade econômica ou de ausência de normas de regulamentação²⁹.

Todavia, a realidade colhida de casos judicializados no sistema local indica que o referido direito é relegado a plano secundário de materialização sob discurso que vincula sua efetividade à disponibilização de recursos financeiros do Estado. Numerosos pedidos judiciais por vagas em creches configuram uma situação de grave violação ao direito à educação e leva a questionar o cumprimento de competência atribuída constitucionalmente aos municípios, conforme se pretende explorar no próximo tópico.

4. A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO ÂMBITO LOCAL: O CASO DO ARE N. 639.337 E A REPERCUSSÃO GERAL NO AI N. 761.908

O Ministério da Educação e Cultura do governo federal brasileiro publicou estudo em 1975 que expôs o Diagnóstico Preliminar da educação

²⁸ Muniz, “O direito à educação”, 92.

²⁹ Muniz, “O direito à educação”.

pré-escolar no país e, dentre os dados coletados, evidenciou que aproximadamente 23% da população de então era constituída por crianças de até seis anos de idade (21.388.595), contudo, menos de 3% dessas crianças (499.007) estava matriculada em creches e pré-escolas, particulares ou públicas³⁰.

Esse cenário se modificou nas quatro décadas seguintes e caminhou no sentido do fortalecimento da garantia a esse direito, principalmente diante dos deveres assumidos pelo país em seu texto constitucional e em tratados internacionais a que aderiu, conforme visto no item anterior. A educação infantil propicia espaço para o desenvolvimento cultural, físico e social das crianças como sujeitos em relação e em liberdade³¹.

Porém, tal desiderato ainda não é usufruído integralmente pelas crianças brasileiras. Em 2015, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constatou que 58,8% das crianças menores de quatro anos de idade não matriculadas em creche contavam com o interesse de seus responsáveis pela matrícula em instituição de ensino e que em 55,3% desses casos, houve alguma tentativa de garantir a vaga após recusada pela creche³².

A gravidade é flagrante em números que demonstram o *déficit* de matrículas em creches, o que se ilustra com o exemplo colhido de análise feita no início de 2015 pelo Ministério Público do estado do Paraná: constatou-se que das aproximadamente 594.923 crianças com menos de três anos no estado, apenas 167.686 frequentavam creches, representando uma exclusão educacional de 71,81% de crianças nessa faixa etária em âmbito local³³.

Esse quadro é alimentado não apenas pela falta de vagas em creches públicas geridas por municípios, mas também pela dificuldade de acesso por contingentes populacionais com menor condição socioeconômica³⁴.

Os dados concretos e a expressiva judicialização de demandas de pais e mães em busca de vagas a esse serviço demonstram a defasagem da proteção do direito à educação infantil e fornecimento de estrutura para cuidado de crianças pelos municípios brasileiros. A garantia dessas vagas é elemento importante

³⁰ Ministério da Educação e Cultura, *Diagnóstico preliminar de educação pré-escolar no Brasil*, acesso em 25 de Julho 2017, <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002416.pdf>, 17-18, 51.

³¹ Sonia Kramer. “As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: educação infantil e/é fundamental”, *Revista Educação e Sociedade*. v. 27, n. 96 (2006): 810, acesso em 25 de Junho, 2017, url: <http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a09v2796>.

³² “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2015”, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, acesso em 05 de Julho, 2017, http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=pr&tema=pnad_crianças_menos_4anos_2015.

³³ Ministério Público do estado do Paraná, *Déficit de vagas em creches, segundo os municípios do Paraná – 2013*, acesso em 25 de Julho, 2017, http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/projeto_estrategico/educacao_deficit_creche_2013.pdf.

³⁴ Sérgio Haddad, *Educação e exclusão no Brasil*, acesso em 25 de Julho, 2017, 7, http://www.bdae.org.br:8080/bitstream/123456789/2299/1/educacao_exclusao_brasill.pdf

para a rede de cuidado de crianças com até cinco anos de idade. Trata-se de seres humanos que exigem o cuidado alheio em tempo quase que integral para a manutenção da vida digna, situação que, se não contar com apoio no meio relacional, configura “maximização da precariedade” ou “vulnerabilidade”, conforme teoriza Judith Butler³⁵.

A proteção dos direitos humanos não pode ser escalonada ou hierarquizada em diferentes planos de incidência dissociados. Do contrário, é necessário firmar colaboração que alie os sistemas local, regional e global em prol dos processos de luta pela dignidade, inerentes à dinâmica de sua afirmação³⁶.

Especificamente quanto ao direito à educação infantil, a Constituição Federal brasileira o prevê em seu artigo 208, inciso IV, como dever do Estado garantido às crianças de até cinco anos de idade e, em seu artigo 211, §2º, atribui prioritariamente aos municípios a atuação para a sua garantia.

Mais do que prever abstratamente a progressiva garantia do direito à educação infantil, a Constituição Federal brasileira determina em seu artigo 212, *caput*, uma porcentagem mínima de valores a ser destinada à educação pelos entes federativos. Quanto aos municípios, define que estes nunca deverão aplicar menos de vinte e cinco por cento da receita anual que resultar de impostos arrecadados, incluindo a proveniente de transferências, para os investimentos em educação.

A legislação interna reflete previsões de tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que têm como pano de fundo o direito à educação e desenvolvimento desse grupo vulnerável. A Convenção sobre os Direitos da Criança estipula em seu artigo 18 o dever dos Estados proverem serviços de assistência social e creche às crianças para resguardar o direito à educação e, por via consequencial, o direito e acesso ao trabalho por seus pais.

A atenção ao direito à educação infantil também contribui para a igualdade de gênero, por constituir passo voltado à emancipação das mulheres que, contando com o serviço de creches, assim podem acessar a esfera pública e trabalhar formalmente, sem algozes encontrados na conjugalidade e na maternidade³⁷. Desse modo, merece destaque o contido no artigo 11.2 da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que alia o direito à educação infantil à garantia de acesso ao trabalho e ao combate à desigualdade de gênero através da rede de serviços destinados ao cuidado de crianças³⁸.

³⁵ Judith Butler, *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão; Arnaldo Marques da Cunha. (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015), 46.

³⁶ Flores, *A (re)invenção dos direitos humanos*, 19.

³⁷ Ligia Ziggioni de Oliveira, *Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo: perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família*. (Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016), 44.

³⁸ “Artigo 11. [...] 2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas

Partindo dessas tratativas e dados concretos, examina-se a proteção do direito à educação no Sistema Local pelo Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, explora-se o estado da arte de julgados do Supremo Tribunal Federal sob o recorte do direito a vagas em creche, tema que atualmente aguarda julgamento da Corte em sua composição plena.

Em 2011, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337. O recurso teve origem em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do estado de São Paulo com vistas a garantir vagas em creches municipais na capital do estado. A sentença de procedência do pedido foi confirmada pelo Tribunal de Justiça local em acórdão que foi posteriormente objeto de Recurso Extraordinário do município. O recurso foi julgado improcedente em decisão monocrática do Relator, Ministro Celso de Mello, a qual foi levada à apreciação da Segunda Turma da Corte por Agravo Regimental.

O julgamento foi unânime em favor do entendimento do Relator, cujo voto que desproveu o recurso merece especial atenção para a temática dos direitos sociais.

O voto categoriza o direito à educação como direito “de segunda geração ou dimensão” e o vincula à noção de que exige a atuação positiva do Poder Público. Como visto nos itens anteriores, essa interpretação prejudica o atributo da indivisibilidade dos direitos humanos, pois robustece o discurso da aplicação gradual dos direitos sociais.

O julgado examinou a viabilidade de o Poder Judiciário adotar comportamento afirmativo e voltado à proteção de direitos fundamentais solapados por “omissões inconstitucionais”. Ressaltou-se que a efetivação desses não pode ser descumprida sob a justificativa da conveniência política, sob pena de se tornarem “promessas constitucionais inconsequentes”.³⁹

Visualiza-se no julgamento o dilema da reserva do possível e limites orçamentários, porém, ainda que se trate de uma escolha “trágica” imposta ao Estado, o parâmetro adotado pela Suprema Corte foi a intangibilidade do mínimo existencial fundado na dignidade da pessoa humana, especialmente

adequadas para: [...] c) Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças;[...]. (“Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, República Federativa do Brasil, Decreto 4.377 de 13 de Setembro, 2002, acesso em 29 de Junho, 2017, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm).

³⁹ Município de São Paulo v. Ministério Público do Estado de São Paulo, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, Supremo Tribunal Federal, 147, (23 de Agosto, 2011), <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>.

quando está em jogo o interesse de crianças e adolescentes, sujeitos com absoluta primazia no ordenamento jurídico brasileiro.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal mencionou o princípio da vedação ao retrocesso social como parâmetro a proibir a desconstituição de avanços dos cidadãos em matéria de direitos sociais e, por fim, chancelou a possibilidade de multa diária coercitiva em desfavor do Estado para coagir o município ao cumprimento do comando constitucional.

No mesmo ano em que ocorreu o aludido julgamento, foi distribuído o Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 761.908 à relatoria do Ministro Luiz Fux. Esse segundo caso tem origem um Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público do estado de Santa Catarina com pedido liminar em face da Secretária de Educação do município de Criciúma para garantir o direito à vaga em creche a uma criança que teve sua matrícula negada. O juízo de primeiro grau concedeu a segurança e o município interpôs recurso de Apelação, posteriormente julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina.

Em face do acórdão, o município interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário, que não foram admitidos pela 2ª Vice-Presidência do Tribunal local. Contudo, o ministro Luiz Fux deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto e, em 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral da matéria abrangida no Recurso Extraordinário agravado, salientando-se que:

[...] a questão constitucional ultrapassa nitidamente os interesses subjetivos da causa, tendo sido, inclusive, objeto de apreciação de ambas as Turmas da Corte. O julgamento, porém, não se fez sob o ângulo da repercussão geral. Assim, visando à racionalização própria ao instituto, manifesto-me pela existência da repercussão geral da questão, submetendo esse entendimento à apreciação dos demais Ministros da Corte.⁴⁰

Não há previsão para julgamento do recurso, não obstante o relator tenha admitido a participação dos municípios de São Paulo, Rio de Janeiro e da Fundação ABRINQ pelos direitos da Criança e do Adolescente na qualidade de *“amici curiae”*.

Ainda que sem a previsão da apreciação pela Suprema Corte em sua composição plena, observa-se a importância de o Poder Judiciário discutir o tema localmente. Em cenário em que seres humanos em condição de flagrante vulnerabilidade – como são as crianças menores de cinco anos – não têm seus

⁴⁰ Município de Criciúma v. Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Repercussão Geral no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 761.908, Supremo Tribunal Federal, (24 de Maio, 2012), <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2495856>.

direitos sociais providos por medidas que constituem dever expresso do Poder Público, a judicialização torna-se uma saída promissora.

O acesso à justiça no Brasil não é uma realidade alcançada por todos e quando casos que envolvem direitos sociais exigem manifestação do Poder Judiciário, evidencia-se a necessidade de este demonstrar postura protetiva a esses direitos humanos, inclusive em face do argumento fundamentado na escassez de recursos. A respeito da ponderação do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo direitos sociais e o argumento de escassez de recursos, Melina Girardi Fachin sublinha:

[...] os argumentos acerca da limitação dos recursos disponíveis, na mesma senda do que já fixava o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, são recebidos com *granus salis* pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo a jurisprudência dominante, a reserva orçamentária não pode contrapor-se à implementação mínima desses direitos, porque imprescindíveis à existência digna.⁴¹

Em sentido similar, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento ressaltam que em ações que discutem direitos garantidos por prestações sociais, o Poder Judiciário não pode se vincular estritamente às normas editadas pelo Poder Legislativo, ou apenas contribuirá para a sua procrastinação⁴².

O sistema de proteção local dos direitos humanos deve ultrapassar a obsoleta noção de separação absoluta de poderes para cumprir o objetivo constitucional de proteção da dignidade humana através da atuação do Poder Judiciário. Ao se imiscuir na proteção do mínimo à vida digna (como no fornecimento e manutenção de serviço de creche a crianças menores de cinco anos, no exemplo elencado nesse tópico), fortifica-se a integralidade dos direitos humanos, sem categorização entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais com justificativas orçamentárias.

5. CONCLUSÃO

A concepção contemporânea dos direitos humanos tem como principais características o binômio da integralidade e a universalidade, fundamentadas na proteção da dignidade da pessoa humana. Contudo, a promessa de integralidade não deixou de ser prospectiva, o que se demonstra no concreto tratamento diferenciado que o direito internacional dos direitos humanos atribui a direitos civis e políticos e a direitos econômicos, sociais e culturais: enquanto

⁴¹ Fachin, *Direitos humanos e desenvolvimento*, 147.

⁴² Claudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, in *Direitos sociais: fundamentos, justicialização e direitos sociais em espécie*, coord. Claudio Pereira de Souza Neto et. al. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), 515.

os primeiros teriam imediata aplicabilidade, os segundos se vinculariam a uma materialização progressiva.

Essa diferença contribui para um discurso de vinculação da efetiva garantia dos direitos sociais à disponibilidade de recursos do Estado, o que alimenta a cisão dos direitos humanos nos dois grupos mencionados e ignora que, para a manutenção de um aparato que garanta qualquer direito, o Estado arca com custos diretos e indiretos. Isto é, a justificativa de escassez de recursos não é suficiente para deixar de prestar serviços voltados a direitos sociais.

Como forma de análise do tratamento dado aos direitos sociais, o trabalho realizou recorte metodológico com verticalidade no direito à educação infantil, por ser estreitamente ligado ao desenvolvimento das potencialidades humanas e consistir em dever estatal reconhecido em tratados internacionais de direitos humanos (DUDH, PIDESC, Convenção dos direitos da criança, dentre outros).

No âmbito global, embora não se tenha referenciado caso concreto restrito ao direito à educação, ao ressaltar os princípios que regem a interpretação dos direitos sociais em casos levados a esse sistema (ponto 2), conclui-se que persiste a ideia de gradual concretização desses direitos com o parâmetro de prover o mínimo em benefício da população local, diferentemente, portanto, de uma orientação de aplicabilidade imediata e integral.

No plano regional, os casos “Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” e “Gonzales Lluy y otros v. Ecuador”, julgados pela Corte IDH, reforçam a constatação de que o direito à educação é contemplado incidentalmente ao lado de outros direitos sociais ou direitos civis e políticos, sendo necessário o desenvolvimento de sua judicialização autônoma.

Por fim, no quadro local, observa-se a expressa proteção do direito à educação como direito social pela Constituição Federal brasileira e a atribuição de dever aos municípios para fornecer e manter serviço de educação infantil para crianças de até cinco anos (artigos 208, inciso IV e 212).

O custo dos direitos sociais como razão para a negligência de sua proteção revela-se como falácia com fundo político e exige a atuação do Poder Judiciário para sua concretização. A Repercussão Geral no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 761.908, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que seja precedida de decisões protetivas aos direitos sociais, aguarda julgamento desde 2012 e demandas judiciais de crianças menores de cinco anos em busca de vagas em creches são realidades reiteradas.

Observa-se uma lacuna de proteção do direito à educação nos três planos concorrentes de sistema protetivo dos direitos humanos, postura que desconsidera a importância direta para o desenvolvimento de seres humanos vulneráveis e indireta para a redução de desigualdades sociais, notadamente a de gênero, por envolver mulheres impedidas de acessar o direito ao trabalho

formal para se dedicar exclusivamente ao serviço doméstico e à função de maternagem.

É resplandecente que a não implementação do direito à educação infantil e fornecimento de creches localmente é opção política que resiste ao princípio de vedação ao retrocesso social e caminha de encontro à indivisibilidade dos direitos humanos. Em alusão à autora Flávia Piovesan, a garantia de vagas em creches para educação infantil, na qualidade de direito social, não pode ser confundida com “caridade, generosidade ou compaixão”⁴³: é dever do Estado e passo importante para tornar factível a promessa de integralidade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- Alvim, Marcia Cristina de Souza. “A educação e a dignidade da pessoa humana”. In *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*, editado por Anna Candida da Cunha Ferraz, 183-195. Osasco: Edifício, 2006.
- Ball, Olívia, e Paul Gready. *The no-nonsense guide to human rights*. Oxford: New Internationalist Publications Ltd., 2009.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Butler, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão; Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- Fachin, Melina Girardi. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- Flores, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, Corte Inter Americana de Direitos Humanos. (1 de Setembro, 2015), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.
- Haddad, Sérgio. *Educação e exclusão no Brasil*. Acesso em 25 de Julho, 2017. url: http://www.bdae.org.br:8080/bitstream/123456789/2299/1/educacao_exclusao_brasil1.pdf.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2015”. Acesso em 05 de Julho, 2017, http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=pr&tema=pnad_crianças_menos_4anos_2015.
- Kramer, Sonia. “As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: educação infantil e/é fundamental”, *Revista Educação e Sociedade*. v. 27, n. 96 (2006): 797-818. Acesso em 25 de Junho, 2017. url: <http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a09v2796>.
- Ministério da Educação e Cultura *Diagnóstico preliminar de educação pré-escolar no Brasil*. Acesso em 25 de Julho 2017. url: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002416.pdf>.
- Ministério Público do estado do Paraná, *Déficit de vagas em creches, segundo os municípios do Paraná - 2013*, acesso em 25 de Julho, 2017, http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/projeto_estrategico/educacao_deficit_creche_2013.pdf.
- Município de Criciúma v. Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Repercussão Geral no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 761.908, Supremo Tribunal Federal, (24 de Maio, 2012), <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2495856>.
- Município de São Paulo v. Ministério Público do Estado de São Paulo, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, Supremo Tribunal Federal, (23 de Agosto, 2011), <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>
- Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, Caso 130, Corte Inter Americana de Direitos Humanos. (8 de Setembro, 2005), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

⁴³ Piovesan, “Proteção dos direitos sociais”, 210.

Oliveira, Lígia Ziggotti de. *Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo: perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

Organização das Nações Unidas (ONU), Capítulo X, “Carta das Nações Unidas”, 26 de junho de 1945, <https://nacoesunidas.org/carta/cap10/>.

Organização dos Estados Americanos (OEA), “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. 22 de Novembro, 1969, https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e Justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Piovesan, Flávia. “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 3, n. 2 (2011): 206-226. Acesso em 30 jun., 2017. url: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1520/1773>.

República Federativa do Brasil, Decreto 4.377 de 13 de Setembro de 2002. “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, 2002. Acesso em 29 de Junho, 2017, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm.

Souza Neto, Claudio Pereira e Daniel Sarmento. “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”. In *Direitos sociais: fundamentos, justicialização e direitos sociais em espécie*, coordenado por Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, 515-551, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Sunstein, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

CAPÍTULO 9

EM BUSCA DA DIGNIDADE HUMANA: A VERSÃO DE HABERMAS E SEUS CONTRAPONTO À INSTRUMENTALIDADE SISTÊMICA E NORMATIVA

*Patrícia Viera Oliveira
Kátia Salomão*

RESUMO: Neste artigo, buscou-se analisar o conceito habermasiano de Dignidade Humana, contrastando com a descrição normativa inerente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Metodologicamente, o artigo é fruto de uma análise dedutiva e dialética, fomentada com base na leitura analítica e reflexiva das obras de Habermas: “Sobre a Constituição da Europa” e a “Inclusão do Outro”. Dessas obras, resgatou-se o enfoque teórico desse pensador contemporâneo, expondo compreensivamente os fundamentos jusfilosóficos do princípio da dignidade humana, além das derivadas críticas, das quais se sobressaltam aspectos controversos da instrumentalidade sistêmico-normativa. Ainda, se perfaz como objetivo discorrer a respeito da globalização acelerada, que abstrai valores infungíveis do indivíduo, impedindo a emancipação humana e, por conseguinte, a realização da dignidade humana. Nesse sentido, sabe-se que, enquanto direitos humanos e dignidade humana estiverem negligenciados, a almejada tarefa da emancipação fica adiada. Por isso, urge pensar o quanto esse princípio é caro à nossa época, em seu significado e conteúdo normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana. Instrumentalidade Sistêmica. Emancipação. Habermas.

*IN SEARCH OF HUMAN DIGNITY: A VERSION OF YOUR HABERMAS
AND COUNTERPOINTS INSTRUMENTALITY SYSTEMIC AND REGULATIONS*

ABSTRACT: In this article we sought to analyze the Habermas concept of Human Dignity, contrasting with the normative description inherent in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Methodologically the article is the fruit of a deductive and dialectical analysis, fomented through the analytical and reflexive reading of the works of Habermas, “On the Constitution of Europe” and “Inclusion of the Other.” From these works, the theoretical approach of this contemporary thinker was rescued, exposing comprehensively the jus philosophical foundations of the principle of human dignity, in addition to the critical derivations from which the controversial aspects of the normative systemic instrumentality are started. It is still an objective to discuss accelerated globalization, which abstracts the individual’s infallible values, preventing human emancipation and, consequently, the realization of human dignity. In this sense, it is known that while human rights and human dignity are neglected, the desired task of emancipation is postponed. Therefore, it is urgent to think when this principle is dear to our time in its meaning and normative content.

KEYWORDS: Human dignity. Instrumentality Systemic. Emancipation. Habermas.

INTRODUÇÃO

Em Habermas, buscou-se analisar os fundamentos jusfilosóficos da Dignidade Humana, contrapondo a sua instrumentalização sistêmica e normativa,

com objetivo de percorrer, de forma crítica, sobre o uso instrumental da Dignidade Humana, em vistas de seu conteúdo e definição jusfilosófica, na resolução de conflitos e litígios.

À luz de tal fundamento, Habermas, de forma pulcra, questiona um direito que venha a ser exercido de forma legítima, de maneira a concretizar a dignidade humana, no sentido de que cada indivíduo possa ser emancipado em seu “eu”, pois, diante das transformações do mundo contemporâneo, torna-se necessário um “abrir os olhos”, para que o ser humano assuma seu lugar na sociedade. Esse lugar não envolve somente a posição de sujeito, que possui obrigações, submetendo-se às manipulações do Estado, mas sim, o lugar de exercer, de forma crítica, o diálogo, contribuindo para a criação de normas que atendam à necessidade geral, a fim de exprimir uma concepção pautada na justiça, honestidade e autonomia.

Nessa perspectiva, a trajetória desse trabalho resgata, em Habermas, o conteúdo jusfilosófico da Dignidade Humana, apontando possíveis caminhos para sua concretização. Nessa conjuntura, tendo em vista ser uma norma/princípio de conceito abstrato, de carga axiológica inesgotável e renovável, é imprescindível que tal conceito evidencie-se de forma a acompanhar a evolução da sociedade, com preocupação voltada a atender às necessidades individuais e coletivas, na medida de suas desigualdades, em que o caminho a trilhar conduza ao “mirante”, que nada mais é que o concretizar da Dignidade Humana, em sua essência.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: POSSIBILIDADES PARA DIGNIDADE HUMANA

Habermas (2007) discorre sobre a Teoria da justiça e esse entendimento funde-se à realidade política atual, mesmo que abstratamente, uma vez que o pluralismo político, diversidade de ideias é fundamental em uma sociedade que busca, com zelo, a concretização da Dignidade Humana. Além do mais, para o exercício da democracia, esse conceito é relevante, já que, para tal efetivação, é necessário que a Dignidade Humana tenha sua essência concretizada, de forma efetiva, sem qualquer tipo de distinção, supressão ou exceções.

Habermas (2007) traz, de forma pragmática, que o indivíduo, no que concerne à sua cultura, opinião política, religião, deve buscar com dedicação o que é ‘igualmente bom para todos’ e não só pensar no que é ‘bom para si’. Nesse sentido, tais diferenças não devem ser praticadas de modo excludente e conflituoso, como em uma ‘apartheid’. Sendo assim, deve-se buscar o respeito mútuo a essas diferenças, já que ‘meu direito termina onde começa o do outro’, vez que, em Kant (2004): ‘o arbítrio de um sujeito, pode ser conciliado com o do outro’, segundo uma lei universal de liberdade.

Habermas (2007) evidencia, de forma pujante, que só podem ser consideradas autênticas regulamentações que visem proporcionar a cada cidadão a sua parte adequada, tratando com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual, de forma a concretizar a dignidade humana. Assim, cada ser humano poderá fazer uso de sua liberdade comunicativa, com o fim de que sua voz tenha oportunidade igual de ser ouvida.

À luz de tal compreensão, assim aborda:

Só são legítimas as regulamentações que tratam com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual, ou seja, as que também asseguram liberdades subjetivas de modo efetivo, e só devem esperar regulamentações legítimas como essas quando os cidadãos fazem uso de suas liberdades comunicativas em comum, de maneira que todas as vozes tenham chances iguais de ser ouvidas. (HABERMAS, 2007, p. 384).

Nesse sentido, Habermas acrescenta que esse agir convoca ‘cidadãos concernidos’, para que possam buscar com zelo a efetivação da Democracia, pois tal direito deve ser entendido como bem indisponível e seu exercício praticado com idoneidade e racionalização.

Assim, declara:

Ao afirmar isso Habermas introduz um conceito problemático, a saber, o do “interesse”: “Por um lado, só a efetiva participação de cada pessoa concernida pode prevenir a deformação da perspectiva na interpretação dos respectivos interesses próprios pelos demais. Nesse sentido pragmático, cada qual é ele próprio, a instância última para avaliação daquilo que é realmente de seu próprio interesse. Por outro lado, porém a descrição segundo a qual cada um percebe seus interesses deve também permanecer acessível aos demais. (HABERMAS, 2007, p.129).

Habermas (2007) analisa o sistema jurídico integrado com a política e com a sociedade civil, de forma que operadores do direito, cidadãos e seus políticos possam participar com comprometimento no método de interpretação constitucional, como meio de processo efetivo na busca e concretização dos direitos fundamentais.

Por isso, Habermas (2007) discorre que, na esfera público-política, verifica-se um agir manipulativo diante da qual ergue-se a questão: quem detém o poder? Finalidades predispostas que não refletem o bem comum. Conforme explana Habermas (2007), esse agir evidencia-se com base em uma argumentação dogmática, na qual se age com finalidade de viciar a vontade geral, de forma coercitiva, não se importando com os meios aplicados para alcançar seu fim. Leis são criadas em sua essência pelo bem da sociedade, mas seu fim social

é distorcido: tal aspecto resulta na criação de leis com finalidade de tratativas a campos isolados e a contextos fixos, nos quais o interesse na racionalidade técnica se sobrepõe às necessidades sociais, ou seja, o que se verifica é a instrumentalização do sistema, com aplicação manipulada em seus fins.

1.1. O MUNDO DA VIDA E O DIREITO

Em Habermas (2000), o mundo da vida é compreendido enquanto sociedade civil, que se forma com base em comunidades, enquanto um grupo de pessoas que se relacionam por terem afinidades sejam culturais, religiosas ou demais vínculos, que lhes suscitem interesse, de forma que o contato seja presente ou virtual, exercido com liberdade e autonomia, na prática de um agir comunicativo, de discurso livre.

Nesse íterim, o direito vem a regular o que se pode chamar de mundo sistêmico, que se divide em esferas do Estado, entendida enquanto economia e política. No discurso de Habermas (2000), aborda-se que sendo o Estado guardião da liberdade individual e coletiva da sociedade, restaria a este, enquanto destinatário de tal poder, conduzir a uma ação estratégica positiva, a qual deveria ser desempenhada visando um objetivo de exercer a função social, de maneira a influenciar e conduzir as mais diversas situações vividas pela sociedade, transformando em consenso as problemáticas da sociedade civil.

No entanto, tal entendimento mostra-se como percurso do que deveria se construir na sociedade, pois, conforme entendimento de Habermas (2000), o que se verifica é a colonização do mundo da vida, um agir instrumental, discursos manipulados, nos quais os representantes do povo se reúnem tão somente para tomar decisões predispostas, como meio de alcançar um fim que já havia sido previamente estabelecido.

Ademais, a realidade contrasta com o real e o que se presencia é uma sociedade 'submersa' num mar chamado 'sistema', subordinada perante padrões institucionalizados que não visam ao bem comum, mas que abstrai valores intrínsecos do indivíduo.

Nesse diapasão, Habermas (2000) é verossímil, ao abordar que as estruturas simbólicas do mundo da vida são deformadas, isto é, reificadas sobre o imperativo dos subsistemas diferenciados e independentizados de dinheiro de poder; assim, o que se evidencia é um padrão de veemente realidade, uma vez que os indivíduos, enquanto sociedade, vivem em um padrão chamado sistema, sendo a isso submetidos desde que nascem, por alusão do contrato social.

Nessa perspectiva, em Habermas (2000), a sociedade cede parte de sua liberdade na busca do bem comum e o Estado, enquanto destinatário desse poder, deveria criar e aplicar políticas públicas, com objetivo de levantar as necessidades sociais de cada grupo, com foco em concretizar o princípio da

dignidade humana, num viés não entabulado, não mercantil, mas com preocupação para o desenvolvimento humano. Dessa forma, resultará em uma nação desenvolvida, na qual o bem-estar da sociedade se mostre como preocupação de maior valor para o Estado.

Habermas (2000) discorre a respeito da colonização do mundo da vida, em análise à teoria da cultura e ao processo de juridificação da modernidade. No que se refere à teoria da cultura, Habermas refaz o caminho percorrido pelo indivíduo na defesa de seus direitos e ideologias, uma vez que é visível que a modernização da sociedade vem disseminando, no mundo da vida, a perda de seus valores. Dessa forma, o agir comunicativo, as visões de mundo, pertinentes a cada indivíduo, se desvanecem diante dos padrões desenvolvidos pela modernidade, nos quais a busca por dinheiro e poder impera como exigência.

Nesse intento, Habermas (2000) discorre que, diante da globalização imposta, o que se presencia é uma modernidade cultural, com participantes de um sistema cogente, que a todos aduz no anseio de garantir suas necessidades vitais. Ademais, no processo de juridificação da modernidade, Habermas (2000) discorre sobre o presente Estado de Direito Democrático Social, que garante a liberdade, no entanto, por outro lado, priva o cidadão disso. Nessa perspectiva, o processo de juridificação conduz a uma burocratização do mundo da vida; nesse pensamento, assim aborda:

Trata-se de preservar esferas de vida, que dependam funcionalmente de maneira necessária de uma integração social de valores, normas e processos de entendimento, de sucumbir aos imperativos do sistema dos subsistemas economia e administração que crescem com dinâmica própria, e de serem adaptadas através do médium da condução direto a um princípio de socialização que seja disfuncional para elas. (HABERMAS, 2000, p.61).

Conforme entendimento Habermasiano, o Estado deve atuar com fim de reintegração social da sociedade, de forma que seu agir seja voltado à efetivação dos direitos e garantias fundamentais e não no uso instrumental desses direitos.

Conforme explana Habermas (2007), o rumo para concretização da Dignidade Humana surge na aplicação de normas voltadas ao bem do indivíduo, na medida de suas desigualdades, resultando, assim, na efetividade de seu valor, que se disseminará à coletividade, por meio de seus ramos, a saber, política, economia e demais órgãos geridos pelo Estado. Para isso, o objetivo seria voltado ao realizar do bem comum, pois uma aplicação contrária violaria o princípio da Dignidade Humana, satisfazendo somente grupos específicos.

1.2. O MUNDO SISTÊMICO: INFLUÊNCIAS DA POLÍTICA E DA ECONOMIA

Nessa perspectiva, Política e Economia se mostram como vigas fundantes no desenvolvimento digno de uma sociedade. Em contrapartida, seu exercício arbitrário, egoísta pode resultar, conforme entendimento de Habermas (2007), em uma sociedade refém de um sistema que manipula suas diretrizes, com propósitos que atendem pequenos grupos, previamente estabelecidos.

Assim, conforme esclarecido por Habermas (2000), o mundo sistêmico devia servir de módulo de integração, porém, segue na contramão do que preceitua a Magna Carta. Dessa forma, é necessário que os cidadãos superem a manipulação e, como jaz no passado, quando foram conquistados tantos direitos e garantias, venham, com base no discurso crítico, de uma visão de mundo pertinente a si, colocar em prática o agir comunicativo, com objetivos e fins travados em prol do bem comum. Também, buscar a concretização da Dignidade Humana, em que o mundo sistêmico seja caminho para efetivação dos direitos e garantias, como preconizados na carta Constitucional, uma vez que o dinheiro público deve ser utilizado com idoneidade e racionalização.

Nesse entendimento, Habermas assim preceitua:

À medida que o sistema econômico sujeita a seus imperativos as formas de vida do lar privado e a conduta de vida dos consumidores e empregados, está aberto o caminho para o consumismo e para o individualismo exacerbado. A prática comunicativa cotidiana é racionalizada de forma unilateral num estilo de vida utilitário, esta mudança induzida pelos meios diretores para uma orientação de natureza teleológica gera como reação, um hedonismo liberto das pressões da racionalidade. Assim como a esfera privada é solapada e erodida pelo sistema econômico, também a esfera pública o é pelo sistema administrativo. O esvaziamento burocrático dos processos de opinião espontâneos e de formação da vontade abrem caminho para a manipulação da lealdade das massas e torna fácil o desatrelamento entre as tomadas de decisão políticas e os contextos de vida concretos e formadores de identidade (HABERMAS, 1987, p. 325).

Nesse aspecto, Habermas (1987) deixa claro o que está para além do mundo sistêmico, à colonização do mundo da vida, num interesse que se mostra fora dos alcances racionais, em um fim puramente instrumental, no qual a manipulação fragmenta a autonomia coletiva e individual. Isso resulta na tomada unilateral de decisões, “no apagar das luzes”, com aplicação que envolve interesses de toda coletividade. Nessa racionalidade, verifica-se, em Habermas (1987), a supressão dos direitos e garantias do cidadão, o que resulta em formas não legítimas de poder.

Em um país subdesenvolvido como o Brasil, onde as diferenças de classes são nítidas, os “menos” favorecidos, que “deveriam”, mas, infelizmente, não têm as mesmas oportunidades, vivem a ditadura do capitalismo e globalização, em que o dinheiro é símbolo de prosperidade e vida digna.

Nessa perspectiva, Sandel (2012) assim aborda:

Não se trata de uma situação normal de livre mercado, na qual pessoas que desejam comprar algo decidem livremente entrar no mercado e encontram pessoas dispostas a vender-lhes o que desejam, na qual um preço obedece à lei da oferta e procura. Numa situação de emergência, compradores coagidos não têm liberdade. A compra de artigos básicos e a busca de abrigo seguro são algo que lhes é imposto. (SANDEL, 2012, p.06).

Nessa racionalidade, o pensamento de Habermas (2007) coaduna com de Sandel (2012), ao abordar que, na política e economia, quando se trata de reflexos na sociedade, o que se verifica é um cidadão com poder de compra cada vez menor, diante de uma carga tributária altíssima, aplicada sem distinção em produtos e serviços essenciais à existência humana. Isso demonstra uma má gestão pública, na qual o cidadão se vê na obrigação de cumprir com impostos altos, que já vêm embutidos no produto final. Como abster-se, na maioria das vezes, é elemento essencial para sua subsistência, assim, para ilustrar melhor esse entendimento, Sandel (2012), em sua obra, apresenta parte do discurso do Presidente dos Estados Unidos da América, Obama:

Estamos na América, aqui não menosprezamos riqueza. Não invejamos ninguém a ter sucesso. E certamente acreditamos que o sucesso deva ser recompensado. Mas o que deixa o povo frustrado – e com razão é ver executivos recompensados pela incompetência, principalmente quando essas recompensas são subsidiadas pelos contribuintes dos Estados Unidos. (Observações do presidente Barack Obama sobre compensação executiva, Casa Branca, 04 de fevereiro de 2009, apud SANDEL, 2012, p.12).

Percebe-se que tal crítica reflete a realidade que se vivencia; outrora, é necessário um atuar da sociedade na defesa de seus direitos, a suspensão do véu da ignorância, pois, dessa forma, poderá ser restaurado o sistema manipulador cogente, para um sistema em que a economia e política sejam pressupostos de engrenagens, que venham propiciar vida digna, tal como preceitua a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tais direitos foram conquistados por causa de muita luta, sangue e suor, logo, sua efetividade e concretização não devem ser suprimidas, tampouco usadas de forma instrumental; o indivíduo deve ser emancipado em seu eu,

para usufruir a essência de seus direitos e garantias conquistados, realizando, assim, a Dignidade Humana.

1.3. A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL *VERSUS* A EMANCIPAÇÃO HUMANA

Habermas (2007) discorre sobre até que ponto o sujeito contemporâneo exerce realmente sua emancipação, a essência de sua vontade, livre e autônoma, mediante uma realidade que o induz a uma racionalidade instrumental, visto que são fomentadas necessidades, as quais não tiveram em si sua gênese. Nesse sentido, Habermas (2007) trata da construção do conceito de Dignidade Humana, atrelada à noção de emancipação do sujeito, sendo que seria de sumária importância a realização dos desejos e vontades, porém, livres da manipulação sistêmica, despertada pela globalização desenfreada.

Nessa conjuntura, Habermas (2007) nota que a manipulação se torna visível e palpável e, mesmo quando consciente, o indivíduo continua aceitando-a, já que sedimenta-se uma ditadura da padronização da vida. Esse conjunto de manipulações torna-se concreto, mediante propagandas midiáticas, com fim de inculcar necessidades nos indivíduos, com base nos mais diversos meios de comunicação. Habermas mantém em alerta o enfoque Kantiano sobre a dignidade humana, em que o homem deverá ser um fim em si mesmo, jamais sendo instrumentalizado. Mas, cogente a tal pensamento, ele percebe o que está além da esfera Kantiana do século XVIII: o mundo do consumo e da instrumentalização da razão humana.

Dessa forma, os escritos de Habermas (2007) contrastam com o caminho traçado pelo Estado, em busca de poder, sendo que, na sociedade, verificam-se situações que mais parecem um “adormecer”, já que, em Habermas, vivem-se dias nos quais a realidade se mistura com o que é real. Nessa racionalidade, “realidade” pode ser entendida em um sentido irônico, em que o indivíduo exprime uma vontade alienada, sendo coautor de sua própria vontade, visto que a mesma não teve sua origem em si mesmo, mas lhe foi imposta, de forma cogente ou justificável, perante padrões institucionalizados, tidos como lícitos e normalmente aceitos. Em contraste, o “real”, por sua vez, pode ser entendido como a vontade autêntica suprimida, a perda do “eu”, o desvirtuar da própria identidade.

De acordo com Habermas (2007), o cidadão se tornou cliente do Estado, seja como contribuinte, que paga impostos, seja por se submeter às manipulações que o Estado impõe: vive-se em uma época que transforma e produz falsas indigências, despertadas no indivíduo por meio da publicidade e da mídia.

Habermas (2007) discorre, de forma ilustre, a respeito da emancipação do indivíduo, de um cessar da alienação, no sentido de suspensão do véu da inci-

piência, pois o que se percebe é a sociedade refém de um padrão institucionalizado, fechado. Leis não faltam; as normas de proteção se multiplicam, porém, as efetivações e concretizações desses direitos tornam-se cada vez mais distantes, visto que se observa o desvio de tais direitos, em relação aos seus objetivos.

2. CONCEITO NORMATIVO DA DIGNIDADE HUMANA VERSUS CONCEITO FILOSÓFICO DA DIGNIDADE HUMANA

De forma inaugural, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de Outubro de 1988, em seu Preâmbulo, traz *in verbis*:

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).

De modo exordial, a Magna Carta elenca valores intrínsecos ao indivíduo, de modo que segue, em seu artigo 1º, inciso III, elencando como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana.

Habermas (2012) refaz o caminho do conceito jurídico de dignidade humana, datado de século XVIII e XIX, e o que se verifica é uma íntima ligação da dignidade humana com os direitos humanos, conforme registros das Nações Unidas, como resposta aos crimes de guerra, cometidos sobre o regime nazista da Segunda Guerra Mundial.

Dessa forma, Habermas (2007) considera que a Dignidade Humana tem sua gênese diretamente vinculada à existência humana. Tal existência foi, por longo período histórico, pautada em subordinação, sendo que o absolutismo imperava sobre todos em grau de supremacia, trajeto de trevas que não se permitia aos cidadãos se expressarem, reivindicarem. Mas, tão somente se reprimir, diante dos arbítrios de poder, “adormecendo em pesadelo”, em tempos de “escuridão”. Esse foi um período de desdobramentos históricos da opressão e supressão dos direitos fundamentais, que afetam diretamente a construção da personalidade humana.

Sarlet (2015) considera que o pensamento de Habermas (2007), pondera-se acerca da percepção jusnaturalista, oriunda do século XVIII, criada como um embrião no surgimento de uma nova ordem Constitucional, que, de forma basilar, consagra o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, de modo fundante, preceitua:

Da concepção jusnaturalista – que vivencia seu apogeu justamente no século XVIII – remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente da sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. (SARLET, 2015, p.47).

Dessa maneira, conforme explana Sarlet (2015), com pensamento que se correlaciona com de Habermas (2007), o ser humano deve ser respeitado, independentemente de sua raça, cultura, classe econômica, tão somente por ser, existir enquanto indivíduo; isso, por si só, já lhe garante direitos de ser reconhecido e respeitado, de forma que arbítrios, na busca pelo poder, não venham a sufocar esses direitos, mas que a ordem Constitucional, tão batalhada para ser conquistada, mostre-se a regular as relações entre o indivíduo e Estado. Dessa feita, há que se proporcionar segurança em suas relações, não com fim em si mesmo, incógnito ao indivíduo, mas reconhecendo que condição humana é basilar em um Estado Democrático de Direito; sem isso, o Direito ou Estado não existiria. Nesse ponto de vista, assim aborda:

O conceito de dignidade humana apresenta-se desvinculado de qualquer concepção mundivisional fechada e heterônoma acerca do sentido existencial e ético da vida, não podendo servir para imposição constitucional de qualquer absolutismo valorativo. (SARLET, 2015, p.176).

Por derradeiro, nessa mesma perspectiva, Sarlet (2015) implica ao pensamento de Habermas (2007), de maneira pragmática, e, como um fio condutor, irradia a possibilidade de uma efetiva humanização e civilização da globalização econômica, lecionando:

(...) com a conseqüente neutralização ou pelo menos redução dos seus efeitos negativos e muitas vezes causadores de violações da dignidade da pessoa humana, encontra um forte sustentáculo na idéia de uma globalização jurídica a partir do referencial da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes. (SARLET, 2015, p.182).

Portanto, em Sarlet (2015), a Dignidade da Pessoa Humana, por deter em si efeitos imanescentes, principiológicos, com cunho de abertura à complexidade e ao pluralismo, consente uma mudança de padrões tidos como fechados e imaleáveis por referenciais normativos maleáveis, ajustados a proteger a essência humana em suas diferenças, de forma a preservar sua identidade comunicativa e relacional.

KANT (2004) conceitua, de modo cristalino, e por um viés filosófico sobre a dignidade humana:

(...) no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2004, p.58).

Habermas (2012), de modo a entrelaçar o conceito filosófico ao jurídico, assim aborda:

A idéia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos. (HABERMAS, 2012, p.17).

Nesse diapasão, dignidade humana pode ser entendida, em Habermas (2012), como princípio em constante evolução, pois possui caráter irradiador de normatividade, refletindo em todos os ramos do direito e na vida social. Dessa forma, age para criar uma conexão, que venha a proteger seu núcleo essencial, a fim de que o mesmo não venha a ser derogado, tão somente ampliado.

2.1. GARANTIAS DA DIGNIDADE HUMANA

Como bem previsto, já no início da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a dignidade humana assume relevante importância na carta normativa, sendo fundamento basilar do Estado Democrático Social. Conforme entendimento de Sarlet (2015), o princípio da dignidade humana atua na defesa de direitos e garantias, previstos implicitamente, como também previstos de forma expressa na Constituição.

Ainda que sua abertura de abrangência seja notória, não se trata de direito privativo. Dessa forma, assim evidencia Sarlet (2015):

Cuida-se, em verdade, em critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo à ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação, das decisões judiciais e administrativas). (SARLET, 2015, p.115).

Ademais, é manifesto o fio condutor que conecta dignidade humana aos direitos fundamentais, sendo certo que a violação aos direitos fundamentais, conseqüentemente, seria infringir o princípio da dignidade humana. Nessa perspectiva, Sarlet (2015) assim aborda:

A garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção destes direitos por parte do Estado. (SARLET, 2015, p.130).

Nesse ínterim, o que se pretende demonstrar é que o ser humano deve ser respeitado, independentemente de sua raça, cultura, classe econômica, tão somente por ser, existir enquanto indivíduo, pois isso, por si só, já lhe garante direitos de ser reconhecido e respeitado. Nesse contexto, faz evidenciar o conhecido art.16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão (1789), “que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa humana não possui uma Constituição”.

Apesar de se evidenciar como um caminho árduo o trabalho de desvendar e conceituar o que vem a ser dignidade humana, conforme traz Sarlet (2015), assim leciona em sua obra:

Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Com efeito, não é à toa que se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é. (SARLET, 2015, p.50).

Dessa maneira, é necessário que os direitos e garantias, previstos constitucionalmente, sejam efetivamente aplicados e desponhem da esfera formal, a fim de que se concretizem na realidade social.

2.2. DESDOBRAMENTOS DO CONCEITO FILOSÓFICO: ENLAÇAMENTOS CRÍTICOS

Em Habermas (2007), tem-se por percepção a procura por racionalização prática, que deve partir de cada indivíduo, no sentido de uma “restauração”, além de buscar entender sua própria existência, finalidade e fins. Somente após essa compreensão é que o indivíduo exercerá uma liberdade plena, sem alienação, mas externando sua autêntica vontade.

De acordo com Kant (2004), o indivíduo não deve ser considerado arbitrariamente como objeto de “meio para um fim”. Mas, deve ser respeitado como humano, que possui racionalidade, livre arbítrio e uma existência, a qual deve permitir-se viver dignamente, construindo sua história com fim em si mesmo. Jamais permitir que o homem torne-se “meio”, usado para propósitos

perversos, na busca de poder; no entanto, ser por “si”, existir, exercer sua autêntica pretensão, realizar-se enquanto ser racional, inteligível, que possui autonomia.

Apesar de apresentadas de modo conciso, as definições jurídico-filosóficas de dignidade humana e direitos fundamentais são percebidas como um obstáculo entre formalismo e efetivação, pois um Estado Democrático Social, que traz em seu bojo normas e princípios fundamentais, elevando o princípio da dignidade humana ao mais alto pináculo, deve propiciar políticas voltadas à concretização dessas garantias.

Marmelstein (2013), ao final de sua obra, resgata de forma profunda a realidade de muitos indivíduos, que possuem seus direitos positivados; no entanto, muitas vezes, desconhecem tais direitos ou não sabem como exercê-los, assim:

Atualmente, existem no Brasil dezenas de milhões de pessoas em situação de pobreza absoluta. Para essas pessoas que vivem em situação de pobreza absoluta, não interessa saber o que é direito fundamental ou o que é Poder Judiciário. Elas sequer sabem o que é Constituição, apenas têm fome e sede. Elas não fazem questão de normas jurídicas, nem se preocupam com a dimensão objetiva, a eficácia horizontal, a concordância prática, nem a colisão de direitos fundamentais; querem apenas poder comer e beber - e quem sabe um pouco de dignidade. (MARMELESTEIN, 2013, p.523)

Diante dessa abordagem incongruente, mas contrastante, apresenta-se o que traz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de forma basilar, em seu artigo XXV:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços indispensáveis, o direito à segurança (...).

Em Habermas (2007), o Estado, enquanto guardião da liberdade da sociedade, precisa conhecer o contexto social de seu povo, “não fazendo vistas grossas”, instrumentalizando os mecanismos para sua própria satisfação; todavia, antes, deve se mover para aplicar os direitos reconhecidos, conforme a igualdade e desigualdade de cada indivíduo, como explana Kant (2004) - pois, um agir contrário não pode ser concebido como legítimo.

2.3. ARBITRARIEDADES E INSTRUMENTALIDADES NO ÂMBITO DA DIGNIDADE HUMANA: A VERSÃO DE HABERMAS

Em Habermas (2007), o indivíduo deve ser despertado, para que exprima a essência de sua pretensão, sendo que a mesma deverá ser emitida de forma

livre, em que sua essência seja alcançada a partir da razão prática: livre de qualquer coação, seja ela oriunda do sistema político ou econômico, uma vez que almeja uma possibilidade de emancipação social, em que cada qual exerça sua cidadania livremente, ou seja, sem a colonização do mundo da vida pela razão instrumental. Diante disso, a vontade, eivada em vícios, corrompida e sem originalidade revela decisões forçadas, sem entendimento de causa.

Nesse diapasão, o pensamento de Kant (2004) implica o de Habermas (2007), que fala a respeito do Contrato Social vigente, tão somente como controle no comportamento social dos indivíduos, imposto de forma não legítima ao bem comum. Diante dessa ética, percebe-se que tal concepção do “Contrato Social” tem forma abstrata, mas concede efeitos concretos, além de disseminar uma submissão nos indivíduos que se veem, na maior parte das vezes, refêns, diante de uma aleivosa legitimidade; isso resulta, assim, em um governo que se mostra, muitas vezes, arbitrário, ao passo que lesiona o princípio da dignidade humana, o que fomenta uma legalidade “forçada”.

Todavia, Habermas (2007) admite que, inerentemente ao mundo na atualidade, os cidadãos encontram-se cada vez mais submissos diante das condições que o Estado lhes impõe, mas ainda nutrem esperanças por dias melhores. Contudo, é necessário haver atitudes firmes, pensamentos formados voluntariamente, dentro da realidade, em que o conhecimento teórico/empírico seja formado depois de analiticamente ponderado e não pela indução de discursos preparados, com finalismo pré-determinado, a fim de ludibriar pessoas vulneráveis. Afinal, o ser humano é distinto de qualquer espécie, possui racionalidade, autonomia e tem o direito Universal de viver com Dignidade. Nesse ponto, percebe-se a confluência de Habermas (2007) com Kant (2004), na qual o ser humano jamais será meio, mas um fim em si mesmo, para realizar sua autonomia individual e também coletiva.

Habermas (2007) exemplifica, de maneira conciliadora, em sua obra, assim abordando que é necessária uma mudança de perspectiva:

Mais que isso, é preciso buscar uma regulamentação neutra (tal como no caso da sentença proferida pela Corte Constitucional Federal alemã, que determinou a retirada de crucifixos das salas de aula no estado da Baviera, fortemente marcado pela tradição cristã), ou seja, uma regulamentação capaz de encontrar, no plano mais abstrato da coexistência de diversas comunidades eticamente integradas, o reconhecimento racionalmente motivado de todas as partes envolvidas no conflito e que convivem em igualdade de direitos. (HABERMAS, 2007, p.322).

Nesse entendimento, Habermas (2007) declara que os atores sociais, os sujeitos de direito, que representam a coletividade na esfera público-política, devem estar em sintonia com a evolução da sociedade, entender as necessidades reais de cada classe ou grupo, buscando o aperfeiçoamento. Ele propõe que cada

cidadão deve entender-se parte integradora de um todo social, no qual os valores intrínsecos a cada sujeito sejam respeitados, refletindo sua dignidade, visto que o exercício da democracia deve ser aplicado onde a vontade pública seja resultado de um entendimento pautado no bem comum, respeitando os mais diversos grupos, opiniões e culturas.

Habermas assim discorre sobre o tema:

Trata-se o tempo todo, de uma reivindicação de garantia da integridade das pessoas do direito, às quais garantem liberdades iguais no sentido de uma igualdade de conteúdo jurídico entendido de maneira não seletiva. Pois essas liberdades devem ser asseguradas para os cidadãos de maneira não apenas formal, mas efetiva; ou seja: sob condições sociais e culturais do surgimento de sua autonomia privada e pública. (HABERMAS, 2007, p.344).

Diante dessa concepção, Habermas(2007) faz resgatar o que muitas vezes se evita refletir, ou seja, a realidade social de muitos seres humanos, que vivem à margem da sociedade. Nesse contexto, assim preceitua:

Amor ou respeito não podem ser trocados por dinheiro no plano político, tampouco pode se trocar a língua materna ou a confissão religiosa por postos de trabalho. O que interfere nas definições de identidade não é possível de acerto. Golpes desse tipo, a propósito, corresponderiam a um atentado contra dignidade humana e seriam inadmissíveis, até mesmo por razões jurídicas. (HABERMAS, 2007, p.381).

Nesse contexto social, que circunda a sociedade, verifica-se que a norma não está errada: é uma norma racional, moralmente correta, porém, na prática, apresenta-se como um problema político-jurídico, pois o ser humano vem sendo negligenciado, usado recorrentemente como objeto. Por isso, Habermas aponta Kant em sua perspectiva sobre a Dignidade Humana como contraponto à realidade descrita: o ser humano enquanto ser racional deve viver de forma livre, emancipado em seu “eu”, exercendo sua efetiva liberdade, sendo a dignidade entendida enquanto norma jurídica, intrínseca de cada indivíduo, garantida como direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, cuja finalidade é a de que todos possam ter direito de viver dignamente e ter as mesmas oportunidades.

Assim sendo, quaisquer instrumentalidades racionalmente construídas atentariam contra a dignidade, o que Habermas busca refutar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se alude, o Brasil é signatário de várias convenções e Tratados Internacionais, que proclamam o valor inerente à Dignidade Humana. Ademais, a

República Federativa do Brasil tem como fundamento a proteção desse princípio, que se completa com os demais princípios fundamentais. Nessa conjuntura, a Declaração Universal dos Direitos Humanos corrobora o que para muitos cidadãos é abstrato, utópico, tendo em vista as mazelas sociais que muitos enfrentam.

Nesse diapasão e por todo caminho percorrido, o princípio da Dignidade Humana deve ser interpretado de acordo com fato concreto, pois o que é digno para um sujeito, pode não ser para outro. Dessa forma, entabular a dignidade, conforme entendimento de Habermas (2007), mostra-se uma violação ao princípio, que serve de fundamento de proteção para resguardar o valor intrínseco, pertencente a cada indivíduo.

Nesse ínterim, é de suma importância que o Estado assuma a responsabilidade que lhe cabe, enquanto guardião do contrato social, atuando de forma legítima, restaurando o sistema para que o mesmo sirva de mecanismo na efetivação dos direitos e garantias, previstos constitucionalmente. Isso, como bem abordado, encontra-se presente no campo do formalismo e o desafio é transpor tais conceitos para a realidade.

Habermas (2007) deixa claro que é necessária uma restauração no sistema e acredita que o agir comunicativo deve ser aliado com a aplicação de princípios, de maneira imparcial, com justiça e honestidade, cujo objetivo seja a inclusão do próximo. Isso deve permitir que se possa compreender sua própria existência, tendo uma visão de mundo pertinente a si, efetivando-se como caminho, a fim de se presenciar o renovar de um cidadão membro de uma sociedade com sistema de cooperação justo e honesto.

Aproximar o pensamento de Habermas (2007) à realidade que se presencia, em uma cognição que vise à concretização da dignidade humana e direitos fundamentais, resultaria incontroverso que estamos retrógrados a cumprir o que a norma preceitua, sendo necessário um “agir” inadiável, já que, para que o cidadão possa ser emancipado em seu eu e ter uma existência digna, o Estado deve lhe prover essas condições, as quais devem objetivar o rompimento da esfera material, de forma que se elevem a valores supranacionais, sendo: a moral, autonomia, liberdade, igualdade, solidariedade, fraternidade, respeito, “Dignidade Humana”.

Dessa forma, é relevante ressaltar que o indivíduo necessita de direitos, que lhe são inerentes. Sendo assim, o fato de o Estado se omitir a realizá-los, fazendo uso desses direitos de maneira instrumental, mostra-se uma atitude arbitrária e ineficiente, afastando-se completamente da essência desse princípio, o que resulta, assim, na violação dos Direitos Humanos e desrespeito da ordem Constitucional.

REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Trad. Paulo Astor Soethe [UFPR]. São Paulo: Ed. Loyola, 2007.

_____. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Alessandro Pinzani. São Paulo: Ed. Unesp, 2007.

- _____. **A teoria da ação comunicativa**. Vol 2. Boston: Beacon Press, 1987.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.
- SANDEL, Michael J. **Justiça O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice M. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CAPÍTULO 10

JUS COGENS COMO IDEAL UTÓPICO? – RELATIVISMO CULTURAL E EXPANSIONISMO ECONÔMICO GLOBAL COMO BARREIRAS À EFETIVAÇÃO DE UMA CONVENCIONALIDADE INTERNACIONAL

*Robert Augusto de Souza
Fausy Vieira Salomão*

“A história dos direitos humanos mostra que os direitos são afinal mais bem defendidos pelos sentimentos, convicções e ações de multidões de indivíduos, que exigem respostas correspondentes ao seu senso íntimo de afronta.” (Lynn Hunt)

RESUMO: Apesar da construção de um sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos desde o final da Segunda Guerra Mundial, o mundo contemporâneo enfrenta conflitos que se esgueiram pela marginalidade deste sistema, que parece incapaz de erradicar os reveses contra os quais foi construído. Neste viés, este trabalho objetiva – sob a luz de uma teoria crítica dos Direitos Humanos – tomar por base o *jus cogens* e o controle de convencionalidade, instrumentos essenciais do sistema global de proteção, para demonstrar os mecanismos utilizados para desestruturar o sistema e mantê-lo à mercê da monopolização do poder econômico e político global.

PALAVRAS-CHAVE: *jus cogens*; controle de convencionalidade; efetivação de Direitos Humanos; sistema econômico global; multiculturalidade.

ABSTRACT: *Despite the construction of an international system of Human Rights protection since the end of World War II, the contemporary world faces conflicts that navigate the edges of such a system, which seems incapable of eradicating the nemeses it was created to overthrow. In this sense, this project intends to broach – under the light of a critical theory of Human Rights – jus cogens and the conventionality control (defining instruments for the global protection system) in order to demonstrate mechanisms used to dismantle the system and keep it at stake in face of the monopolization of economic and political global power.*

KEYWORDS: *jus cogens*; conventionality control; Human Rights enforcement; global economic system; multiculturality.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Seria ainda útil lutar pelos Direitos Humanos? Como batalhar por um sistema que só nos conduz ao desencorajamento e à inércia? O século XX nos anuncia a que nível a humanidade pôde chegar na busca pela reafirmação de seu poder, e com o fim das duas grandes guerras, o que restou do mundo se

viu obrigado a trilhar um rumo distinto daquele tomado até 1945, por força de sua sobrevivência. Prevenir a própria dizimação, num instinto de autopreservação, levou a comunidade internacional a reconsiderar os limites de sua existência, e fez-se mister a projeção de um modelo de estrutura normativa que lograsse salvaguardar minimamente a soberania estatal e simultaneamente preservar a dignidade humana.

Apesar do desenvolvimento do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos a partir de 1948, nos vemos cercados por uma realidade completamente alheia ao organismo que eclodira a partir da Declaração Universal. O isolacionismo das nações e seu afastamento dos princípios e objetivos da comunidade internacional reafirmam a ineficácia de um panorama que, nos moldes em que se apresenta, é evadido de mera existência formal.

Este trabalho objetiva desnudar a *raison d'être* dessa problemática, buscando propor caminhos para identificar os subterfúgios que a sustentam e, a partir disso, erigir degraus para desmistificar os Direitos Humanos e iluminar veredas que levem à sistematização de sua real efetividade. Seguindo as pegadas deixadas por Joaquín Herrera Flores na areia do tempo, que estas linhas sejam um convite a uma nova concepção de sociedade, estruturada em torno dos Direitos Humanos desde sua reinvenção.

PEREMPTORIEDADE E CONVENCIONALIDADE

Desde a consagração dos Direitos Humanos em 1948, pode-se dizer que o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (ora DIDH) passou, até a década de 1990, por um intenso processo de sistematização e corroboração dos ideais abstratamente estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, eclodida num impulso de afastar do cenário das possibilidades humanas a reprise da carnificina perpetrada nos anos anteriores ao seu surgimento.

A comunidade internacional, que então entrava numa outra fase de sua controversa existência, recebe como novo desafio a tarefa de imbuir de exequibilidade os ditames da Carta de 48. A (tentativa de) consecução dessa tarefa, como se pode perceber ao voltar o olhar ao lapso temporal entre o nascimento da Carta e a aurora do século XXI, se pautou na adoção de uma série de medidas normativas no âmbito das Nações Unidas e em viés multiestatal, seja pelo firmamento de Resoluções no bojo da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança das Nações Unidas bem como por meio de tratados e convenções sobre os mais diversos temas.

Neste sentido, o ano de 1966 marca o desenlace dos dois primeiros instrumentos a dotar os elementos da Carta de tangibilidade real e vinculação: o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais. O interstício de dezoito anos entre o descortinar da Declaração Universal e

a vinda à tona desses tratados se deu devido a uma série de controvérsias a respeito da unidade de execução desses direitos, principalmente entre os blocos políticos liderados pelos Estados Unidos da América e a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Este mesmo período ficou doutrinariamente conhecido como fase *abstencionista* das Nações Unidas, haja vista que a soberania absoluta dos Estados era entendida como fator prevalente na estabilidade das relações internacionais, estabelecendo-se paradigmaticamente o princípio da não intervenção. Somente a partir da assunção dos Pactos é que a ONU e, por isso, a internacionalização das relações jurídico-políticas, passou a ser verdadeiramente considerada como um ponto de irradiação de normatividade vinculante, dada a sua posição de entidade multiestatal e seu escopo baseado no pluralismo das fontes e na multilateralidade resolutive de conflitos na ordem internacional.

Tendo em vista o período barbárico antecedente ao surgimento das Nações Unidas, passou-se a discutir, face ao escândalo dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, se determinadas normas de direito internacional, a despeito das particularidades de cada nação, seriam dotadas de preempriedade, isto é, cuja aplicabilidade seria irrestrita, inquestionável e inderrogável no plano global. A este suposto conjunto normativo especial deu-se o nome de *jus cogens*. As normas cogentes, segundo se pressupôs, teriam caráter de imperatividade sistêmica, uma vez que não vinculariam somente determinados entes, mas estenderiam a difusão de sua vigência a toda a comunidade internacional.

Como se pode inferir, a propositura de um bojo normativo totalmente vinculativo perante uma comunidade ainda estilhaçada por duas grandes guerras causou, necessariamente, uma problematização acerca da própria existência e possibilidade de tais institutos.

Ao tratar da construção histórica dessas normas, Alfred Verdross (Verdross 1966, 59) afirma que as discussões a respeito do *jus cogens*, possibilitadas a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, tomaram consistência por força da Comissão de Direito Internacional – estabelecida pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1947 –, que, dentre a diversidade de suas prerrogativas, tentou sistematizar estes dispositivos e conseguiu chegar a certas conclusões:

There was clearly a consensus in the Commission that the majority of the norms of general international law do not have the character of *jus cogens*. [...] It is so because normally the rules of general international law have the character of *jus dispositivum*. That means that they are not imperative but of a yielding nature. They must be applied only if the individual states have not agreed otherwise *inter se*. [...] However, in the field of general international law there are rules having the character of *jus cogens*. The criterion for these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the

individual states but the higher interest of the whole international community. Hence these rules are absolute.¹

Entretanto, simplesmente afirmar a existência do *jus cogens* não cumpriu o papel de pacificar a questão. Em verdade, quais normas seriam consideradas como *jus cogens*? Seria possível a existência de um *jus cogens* regional? Estes, dentre outros questionamentos, se estendem ao longo das décadas sem que se consiga atingir um resultado minimamente satisfatório, tanto que, ainda hoje, a Comissão de Direito Internacional não submeteu um projeto de sistematização das normas cogentes à Assembleia Geral das Nações Unidas.

Ante a todos estes entraves, o transcorrer de quarenta e cinco anos foi necessário para que surgisse a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (doravante CVDT), promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030/2009. Apesar de toda a discussão a seu respeito, o texto da Convenção (Brasil 2009) expressa, em seu Artigo 53, a única definição oficialmente existente sobre o teor do *jus cogens*:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma *norma imperativa* de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (Grifo nosso)

Nestes mesmos termos, o Artigo 64 da CVDT predis põe que “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Essa imperatividade transcende os limites da vinculação, visto que, de acordo com a definição que se tem, extrapola a simples delimitação impositiva da norma. Não se trata de produzir instrumentos normativos que atam as partes vinculadas a obrigações positivas ou negativas especificamente demarcadas (produção de normas, reparação de danos, alterações legislativas, proibição de adoção de certas políticas, dentre diversos outros exemplos),

¹ Houve claramente um consenso na Comissão de que a maioria das normas de direito internacional geral não possuem o caráter de *jus cogens*. [...] Isto porque normalmente as normas de direito internacional geral possuem o caráter de *jus dispositivum*. Isto significa que elas não são imperativas, mas de uma natureza complacente. Elas devem ser aplicadas apenas se os Estados em individualidade não concordarem *inter se*. Todavia, no campo do direito internacional geral há regras dotadas do caráter de *jus cogens*. O critério para essas regras consiste no fato de que elas não existem para satisfazer as necessidades de Estados isolados, mas o interesse preponderante de toda a comunidade internacional. Desta forma, tais regras são absolutas. (Tradução nossa)

mas de tomar certos valores multilaterais numa perspectiva dogmática, isto é, de forma que não se possa contrariá-los nem elaborar instrumentos lesivos à sua inderrogabilidade.

João Grandino Rodas (Rodas 1974, 127) sucede em sumarizar a distinção ténue entre a obrigatoriedade e a imperatividade das normas. Cumpre observá-lo:

Norma imperativa não significa simplesmente “norma obrigatória”, pois as normas de direito internacional são, em princípio, obrigatórias para os Estados. O carácter proibitivo do “jus cogens” é no sentido de interdizer toda derrogação às suas disposições. No estado atual do desenvolvimento da sociedade internacional, o “jus cogens” reveste-se de um carácter de excepcionalidade, pois introduz uma limitação à liberdade contratual dos Estados. *O limite de aplicação do “jus cogens” confunde-se com as linhas demarcatórias do poder de tratar dos Estados.* (Grifo nosso)

Ainda que inquestionável sua existência e validade, a condição de eficácia do *jus cogens* se determina pelo contexto de normatização em que é possível considera-lo inserto, e a formulação deste aparato, como dito, tem se perpetrado desde 1948, naquilo que Flávia Piovesan define (Piovesan, 2016) como o processo de *juridicização* dos Direitos Humanos.

Durante este período, uma série de tratados e convenções foi adotada, como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1984), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989). Neste mesmo período, deu-se o nascimento de Sistemas Regionais de Direitos Humanos, consubstanciados pela aprovação das Convenções Europeia (1953), Americana (1969) – conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – e Africana de Direitos Humanos (1986), e pelo estabelecimento de suas Cortes de Direitos Humanos, além de outros tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça (1945) e o Tribunal Penal Internacional (2002).

O fenômeno da juridicização e o nascimento dos sistemas regionais demonstram o intento de sedimentar a proteção às garantias firmadas desde a criação das Nações Unidas, e estas ações contribuíram sobremaneira para consolidar a efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos como objetivo da comunidade internacional, uma vez que a vinculação das partes signatárias é característica desses instrumentos.

Somente a partir da escrituração e da solidificação desse panorama é que se fez palpável a existência de um complexo sistema internacional de proteção difusa aos direitos humanos, dotado de uma variedade de mecanismos, tanto

declaratórios como mandatários. Um desses instrumentos tem se pronunciado incisivamente no cenário hodierno. Trata-se do *controle de convencionalidade*.

Esse tentáculo do sistema global de proteção se diferencia dos demais na medida em que não se trata de uma norma específica, ou de um acordo entre países acerca de determinada matéria. Diversamente, assemelha-se àquilo que conhecemos no direito interno como controle de constitucionalidade. De acordo com esta sistemática, os tratados, as convenções e as decisões das Cortes internacionais devem servir de crivo de legalidade das normas, seja de direito interno ou de direito internacional. Para Marcelo Torelly (Torelly 2016, 348)

[...] o controle de convencionalidade se diferencia radicalmente da bem mais estrita obrigação de cumprir com as determinações contidas em uma decisão internacional. Ele ganha efeito *erga omnes*, vinculando partes (inclusive Estados Membros) não representadas na causa que origina o precedente judicial, podendo ocorrer de maneira concentrada ou difusa, e torna-se uma etapa corrente de qualquer processamento de feitos judiciais domésticos. A fronteira entre doméstico e internacional se desfaz em parte, sendo constituído um espaço de legalidade transnacional.

A partir desta premissa, haveria no sistema jurídico global atual uma nova modalidade de composição e feitura das normas, em que não só a Constituição dos Estados seria levada em consideração no controle da ordem normativa, mas também todo o aparato transnacional, numa simbiose de elementos que podemos considerar resultante no *Direito Constitucional Internacional*, ou seja, uma ordem global em que todos integraríamos uma comunidade sob a égide de uma grande “Constituição”. Este fenômeno, sob diversos olhares doutrinários, assumirá a denominação de *constitucionalismo global, constitucionalismo multinível* e, ainda, *multiconstitucionalidade*.

Neste viés, faz-se essencial revelar o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando de sua decisão – parágrafo 124 da Sentença – a respeito do Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile (CIDH 2006, 53)

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.* En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la inter-

pretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.² (Grifos nossos)

Pelo que se verifica, a Corte é intransigente no sentido da imperatividade do controle de convencionalidade. Esse instrumento tem sido alvo de incidência da Corte Interamericana em vários outros julgamentos sob sua tutela, e, acerca deste vislumbre, pode-se depreender que o controle multilateralizado de validade das normas está intimamente relacionado ao *jus cogens*.

Desta forma, mesmo que não se tenha estabelecido o teor específico dessa categoria normativa, é pungente na observação empírica dos movimentos doutrinários e jurisprudenciais internacionais que as questões relativas aos Direitos Humanos, ao exercício ou à ameaça do uso da força e à preservação da soberania dos Estados dizem respeito às normas cogentes, e nesta seara elas se entrelaçam à convencionalidade, observado que fazer dos instrumentos jurídicos já firmados um meio de proteção à própria existência das normas constitui uma relação de coerência entre os sistemas internos e externos, além de uma efetivação humanizadora do conteúdo das normas em si.

O PROBLEMA DA EXIGIBILIDADE

No desenvolver das linhas anteriores, buscamos sintetizar as nuances mais relevantes no tocante às características latentes do *jus cogens* e do controle de convencionalidade, tratando de afirmar matizes em que os institutos se enlaçam e pontos de dissonância entre eles.

A partir disso, passaremos à análise e à tentativa de resposta de duas outras questões: Apesar da evidente progressão do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, que fatores obstam sua efetiva concretização? Existem medidas passíveis de implementação para a superação da ineficácia do sistema global de proteção?

As respostas a esses questionamentos derivam de um *quantum* infinito de fontes, mas adotaremos os casos dos Estados Unidos da América e do Brasil diante de Cortes internacionais como referencial para a demonstração do ce-

² A Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Entretanto, quando um Estado houver ratificado um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a velar para que os efeitos da Convenção não se encontrem tolhidos pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde o início careçam de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve toma em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que foi feita do mesmo pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (Tradução nossa)

nário de simbolismo e sufocamento do *jus cogens* e do controle de convencionalidade ante os interesses internos dos Estados.

O caso dos Estados Unidos da América (1979-1986)

Por estar num momento histórico anterior, vejamos o caso estadunidense. Primeiramente, há de se considerar a posição de privilégio assumida pelos EUA em relação às Nações Unidas. A Carta da ONU, nascida em 1945, traz como seus pilares a igualdade entre os povos. Apesar disso, seu Conselho de Segurança – único órgão internacional titular de poder coercitivo, reitera-se – guarda lugar a cinco membros permanentes com poder individual de veto irrestrito às Resoluções do Conselho. Integram-no, por excelência, China, Estados Unidos da América, Federação Russa, França e Reino Unido.

Que relação de similaridade guardam os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança? Em primeiro lugar, ressalte-se que todos estes países integraram o lado vencedor no fim da Segunda Guerra Mundial (estopim para criação da ONU). Ademais, todos ocupam lugar de inquestionável relevo no cenário econômico internacional. Essa posição de privilégio e o poder de veto exercido indiscriminadamente por esses países dá margem ao desvio da finalidade do Conselho e à sujeição da estabilidade internacional aos interesses dos membros permanentes.

Essa tese é comprovável ao voltar o olhar ao caso Estados Unidos Vs. Nicarágua. Em apertada síntese do caso, cumpre trazer a lume que a República da Nicarágua passava, desde 1979, por um período de instabilidade política, marcado pelo enfrentamento da Frente Sandinista de Libertação Nacional (FSLN) – ocupante do governo a partir da derrota do regime ditatorial de Anastasio Somoza em julho de 1979 – aos grupos de oposição dentro de seu território, cuja totalidade, apesar de diversa, ficou conhecida como *Contra*.

Durante este período, a Administração de Ronald Reagan financiou os grupos paramilitares opositores à FSLN por meio da *Central Intelligence Agency* (CIA), que destinou recursos oriundos de vendas ilegais de armas ao Irã a esta finalidade. Vale reiterar que durante o mesmo período o Congresso Nacional estadunidense produziu legislação proibitiva a este tipo de atuação. Dado o desenlace da questão, o caso foi levado à CIJ em 1984. Os EUA, em sede de exceções preliminares, alegaram a incompetência da Corte para o julgamento do caso, afirmando que o caso se tratava de uma questão de “legítima defesa coletiva”.

Rejeitadas as alegações impeditivas, os EUA adotaram três medidas no ano de 1985. No mês de março daquele ano, o país “se retirou” oficialmente do caso, passando então a não mais a participar dos trâmites processuais concernentes ao caso perante a CIJ. Neste meio tempo, a República da Nicarágua propôs, em 9 de maio de 1985, uma Resolução ao Conselho de Segurança,

por meio da qual exigir-se-ia a reparação pelos danos causados em virtude do financiamento ilegal norteamericano em favor dos *Contra*. A proposta de Resolução foi vetada pelos EUA.

Já no mês de dezembro, os EUA oficialmente revogaram sua sujeição à jurisdição compulsória da Corte, assinada em 1945. O mérito do caso, apesar da inércia norteamericana, foi apreciado pelo tribunal em junho de 1986, resultando na condenação dos EUA pela lesão a diversos princípios de Direito Internacional, dentre eles cumprindo destacar o desrespeito ao uso da força e da não intervenção. A sentença foi ignorada pelos Estados Unidos.

O desfecho do caso nos aponta a configuração do arbítrio unilateral em detrimento do provimento jurisdicional internacional. A decisão dos EUA por usar sua posição de prestígio para impedir o avanço de uma demanda legítima contra si e em jamais cumprir os termos da condenação pela Corte Internacional de Justiça indica a profanação da própria legitimidade do instituto do veto e o instrumentalismo do sistema internacional quando confrontado pelo poderio econômico da maior potência mundial.

O caso do Brasil (1967- 2010)

No ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil. A disputa se referiu ao conflito conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, ocorrido entre as décadas de 1960 e 1970 nos estados de Tocantins, Pará e Maranhão, durante o regime ditatorial militar brasileiro. A guerrilha decorreu do movimento armado organizado pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) contra o regime então vigente. Encerrada em 1974 pelas Forças Armadas do Brasil, a Guerrilha do Araguaia contabilizou aproximadamente setenta pessoas (dentre participantes do movimento e camponeses moradores da região) desaparecidas, torturadas e mortas pelo regime militar durante o desenrolar do confronto (dentre eles, o guerrilheiro Guilherme Lund, um dos nomes de maior pronúncia na luta armada).

Apesar dos esforços pela recuperação dos corpos de familiares e pela punição dos responsáveis pela barbárie, as famílias não encontraram esteio no governo brasileiro para solução do caso. Por isso, no ano de 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição - assinada por entes como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional - CEJIL e a *Human Rights Watch/Americas*). O pleito foi julgado admissível em 2001, e, face à inércia do Estado brasileiro em decorrência das disposições da Lei da Anistia (Lei n. 6.683/79), a demanda foi submetida à apreciação da Corte.

No ano de 2010, antes do julgamento definitivo do caso Gomes Lund Vs. Brasil, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, cujo mérito incidia sobre a validade e a

constitucionalidade da Lei de Anistia. O acórdão do julgamento reafirma a validade da norma em relação à Constituição Federal, ignorando as reiteradas lesões aos Direitos Humanos perpetradas pelo regime militar e cristalizando a impunibilidade a esses agentes garantida. Além disso, em sede de controle de convencionalidade, o tribunal também lançou ao ostracismo a jurisprudência da própria Corte Interamericana, a cuja jurisdição o Brasil se submete compulsoriamente.

Isto se pode constatar em sentença proferida pela CIDH nove anos antes do julgamento da ADPF 153. Na análise do caso *Barrios Altos Vs. Peru* (CIDH 2001), a Corte Interamericana já havia decidido que as leis de anistia são lesivas ao cumprimento dos deveres assumidos pelas nações em sede de proteção e efetivação de Direitos Humanos por obstarem a responsabilização pelos delitos cometidos à época dos regimes de exceção, e que tais normas, quando submetidas à convencionalidade, careceriam de efeitos jurídicos.

Ao proferir sua sentença no Caso *Gomes Lund Vs. Brasil* em 2010 (CIDH 2010, 65), o tribunal confirma categoricamente este entendimento:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, *as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos*. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (Grifo nosso)

Apesar do teor expresso da sentença pela condenação do Brasil à reparação dos danos e pela invalidade da norma, o cumprimento da sentença continua sob observação da Corte, e a Lei de Anistia continua vigente no Brasil.

Pontos de convergência

Ambos os casos, ainda que distintos em sua natureza, trazem à tona uma realidade comum no panorama da proteção global de Direitos Humanos: o simbolismo sistêmico. A partir disso, tentaremos responder os questionamentos lançados a priori.

Que fatores obstam a efetivação destes direitos? Em primeiro lugar, há de se compreender que a pura e simples produção normativa, a legislação por si só, não é diretamente proporcional à eficácia da norma então legislada. Tratando-se das normas internacionais, em especial a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem se sabe da controvérsia estabelecida no momento de sua criação. Os chamados “relativistas” problematizaram (e ainda problematizam)

o modo como se deu a criação da Carta, em possível isolamento dos países do Oriente em favorecimento dos interesses ocidentais.

O que nos interessa, a despeito de uma discussão polarizante a desagregadora dos instrumentos de proteção, é questionar a aplicabilidade e a exigibilidade desses instrumentos no plano material. E isto advém do mesmo questionamento: Por que, apesar da existência de tantas declarações e convenções, do firmamento de tantos tratados e pactos e do estabelecimento de sistemas de jurisdição internacionais, os Direitos Humanos continuam a ser sistematicamente condenados ao esquecimento?

Em busca de uma alternativa a este cenário, Jürgen Habermas (Habermas 2002, 292) afirma que “sob as condições do pluralismo social e visões de mundo, é o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito”. Quer dizer, somente a partir do momento em que o conteúdo das normas passa a se conjugar perfeitamente com o conteúdo moral do poder popular, que é, antes de tudo, a fonte da existência da sociedade, é que a ordem jurídica ganha eficácia plena e irreduzível.

O autor (Habermas 2002, 292) reitera sua posição ao afirmar que a validade real das normas exige uma horizontalidade em sua construção, daí decorrente uma *coesão* entre o poder democrático e a efetiva normatividade das garantias:

A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que *possibilitam* o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição.

A visão dos episódios protagonizados pelo Brasil e pelos EUA serve para demonstrar o distanciamento entre a existência de normas formalmente ratificadas e a real aplicação dessas normas na práxis cotidiana, interna, das nações. Seria possível desdobrar uma infinidade de situações em que a mesma inobservância se repete. Seja no conflito Israel-Palestina, na Guerra Civil na Síria, nos atentados terroristas na Somália ou no genocídio em Ruanda na década de 1990, pode-se visualizar que a existência de normas (em tese) impeditivas da ocorrência dessas catástrofes não resultou no impedimento delas.

Isto porque a formação de um *ethos* global de proteção, isto é, uma identidade cultural multilateral de internalização dos Direitos Humanos enquanto expressão multipolarizada, ainda não existe. Por agora, pode-se dizer que nos contentamos em normatizar uma série de princípios que não sabemos como efetivar, e que, caso sejam implantados, não saberemos levar a cabo.

O mestre espanhol Joaquín Herrera Flores (Herrera Flores 2009, 22) aponta para essa diferença entre a titularidade de direitos e a possibilidade de

exercício desses direitos, situações que se encontram em patamares diametralmente opostos:

Estamos ante una lógica bastante simplista que, sin embargo, tiene consecuencias muy importantes, puesto que conduce a una concepción “a priori” de los derechos humanos. Si estamos atentos, esta lógica hace pensar que *tenemos* los derechos, aún antes de tener las capacidades y las condiciones adecuadas para poder ejercerlos. De este modo, las personas que luchan por ellos acaban desencantadas, pues, a pesar de que nos dicen que tenemos derechos, la inmensa mayoría de la población mundial no puede ejercerlos por falta de condiciones materiales para ello.³

E que motivo se oculta por trás dessa distinção? No tempo em que vivemos, observa-se uma apropriação dos espaços de poder em sociedade. Entretanto, essa apropriação não condiz com aquela que se exercia nos regimes totalitários, tendo em vista que o uso da violência explícita, exercida como meio de coerção estatal absoluta, não encontra mais espaço na contemporaneidade. Tratando-se dos regimes democráticos, esse maniqueísmo toma partido de métodos subreptícios, entranhados no seio das instituições. Daí a dificuldade no seu diagnóstico e a problemática para sua extirpação.

Lançando um olhar crítico ao estado da arte dos Direitos Humanos na atualidade, Costas Douzinas reafirma (Douzinas, 2008) que a construção hodierna desses direitos é o motivo de seu instrumentalismo, uma vez que a abstração ínsita ao próprio conteúdo dessas normas lhes confere um caráter muito mais principiológico que executório, o que contribui em grande monta para sua deturpação:

Social and political systems become hegemonic by turning their ideological priorities into universal principles and values. In the new world order, human rights are the perfect candidate for this role. Their core principles, interpreted negatively and economically, promote neoliberal capitalist domination. This is not inevitable. If formulated differently, their abstract provisions could subject the inequalities and indignities of late capitalism to withering attack. But this cannot happen when the critique of injustice is formulated in the terms of that which begets and supports injustice. *The usefulness of rights comes to an end when they lose their aim of resisting injustice.*⁴ (Grifo nosso)

³ Estamos diante de uma lógica bastante simplista, mas que, apesar disso, tem consequências muito importantes, uma vez que conduz a uma concepção apriorística dos direitos humanos. Se estamos atentos, esta lógica faz pensar que *possuímos* os direitos, ainda que antes de possuir as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Desta forma, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos ser dito que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para tanto. (Tradução nossa)

⁴ Os sistemas sociais e políticos se tornaram hegemônicos transformando suas prioridades ideológicas em princípios e valores universais. Na nova ordem mundial, a categoria de direitos humanos é o candidato

A utilidade dos direitos pronunciada por Douzinas perpassa necessariamente uma coletivização de sua construção, de seu conteúdo e de sua aplicação, num processo efetivamente politizador dos Direitos Humanos. Somente a partir do momento em que essas normas se tornam internalizadas pelos titulares da soberania de maneira difusa é que se inicia a vigência desses direitos, uma vez que desde então serão entendidos como produto do poder social, e não de uma invenção verticalizada de normas.

Esse processo de internalização também acarreta a reprogramação do sistema de poder que percorre a discussão dos Direitos Humanos na atualidade, uma vez que a efetivação das garantias se encontra aprisionada em espirais inelutáveis de manipulação apolítica. O sistema econômico global, no ápice das desigualdades provocadas pelo processo de globalização, arrebatou esses direitos como uma das cartas lançadas sobre a mesa de negociação dos objetivos isolados das nações. Por isso, essas garantias se veem reféns da conveniência de potências que relativizam a aplicabilidade dos direitos e os manipulam na busca de seus interesses.

As palavras de Slavoj Žižek (Žižek 2011, 123) complementam essa teoria ao afirmarem que a universalidade do homem, isto é, a capacidade política de atrair para si a incidência dos Direitos Humanos – que são (ou deveriam ser) eminentemente políticos – onde quer que se encontre, é fator necessário para a politização dos direitos e sua consequente multilateralização:

La brecha entre la universalidad de los derechos humanos y los derechos políticos de los ciudadanos no supone [...] una brecha entre la universalidad del hombre y una esfera política en particular sino que, por el contrario, “enajena a toda la comunidad de sí misma” (Rancière 2004, 305). Lejos de ser pre-políticos, los “derechos humanos universales” señalan el ámbito preciso de politización propiamente dicha y pueden equipararse al derecho de universalidad como tal [...]. La paradoja es, por consiguiente, bien precisa, y proporcional a la paradoja de los derechos humanos universales como los derechos de aquellos quienes han sido reducidos a la condición de inhumanidad. En el preciso momento en que intentamos concebir los derechos políticos de los ciudadanos sin referencia alguna a los derechos humanos universales “meta-políticos”, perdemos la política en sí misma, es decir, la reducimos al juego “pos-político” de negociación de intereses particulares.⁵

perfeito para este papel. Seus princípios fundamentais interpretados negativamente e economicamente promovem a dominação capitalista neoliberal. Isto não é inevitável. Se formulados de maneira diferente, as disposições abstratas poderiam sujeitar as desigualdades e indignidades do capitalismo tardio a ataque fulminante. Mas isso não poderá acontecer enquanto a crítica da injustiça é formulada em termos daquilo que gera e apoia a injustiça. *A utilidade de direitos chega ao fim quando perdem o objetivo de resistir à injustiça.* (Tradução de Daniel Carneiro Leão Romaguera) (Grifo nosso)

⁵ A diferença entre a universalidade dos direitos humanos e os direitos políticos dos cidadãos não supõe uma diferença entre a universalidade do homem e uma esfera política, mas, pelo contrário, “separa toda

Essa envergadura de reanálise traz nova possibilidade à interpretação das normas internacionais. Não nos é possível falar em *jus cogens* ou mesmo no controle de convencionalidade antes de construído um embasamento sólido a estes instrumentos, o que demanda um reprocessamento dos direitos como os conhecemos hoje.

Neste sentido, Habermas nos propõe (Habermas 2001, 162-163) que o diálogo multifacetado sobre a construção e a aplicação devida desses direitos é pressuposto para sua validade, na medida em que se tornam consonantes por meio de uma simetria para além da diversidade cultural:

Independentemente do pano de fundo cultural, todos os participantes justamente sabem intuitivamente muito bem que um consenso baseado na convicção não pode se concretizar enquanto não existirem relações simétricas entre os participantes da comunicação – relações de reconhecimento mútuo, de transposição recíproca das perspectivas, de disposição esperadas de ambos para observar a própria tradição também com o olhar de um estrangeiro, de *aprender* um com o outro, etc. Partindo desse princípio, pode-se criticar não apenas leituras parciais, interpretações tendenciosas e aplicações estreitas dos direitos humanos, mas também aquelas instrumentalizações inescrupulosas dos direitos humanos voltadas para um encobrimento universalizante de interesses particulares que induzem à falsa suposição de que o sentido dos direitos humanos se esgota no seu abuso.

O problema dos Direitos Humanos é, portanto, a sua exigibilidade. Destarte, é necessário ir muito além da simples sistematização de direitos e do estabelecimento teórico de normas peremptórias. Alcançar a convencionalidade em sentido real ordena, portanto, a existência de um organismo coletivo, cujo funcionamento não esteja cerceado por parâmetros unilaterais de captura das normas. Este cenário é o que buscaremos propor a seguir.

OS DIREITOS HUMANOS PELA VIA DA REINVENÇÃO

É preciso, em primeiro momento, ressignificar os Direitos Humanos. Reinterpretá-los em sua essência, no sentido de questioná-los em sua universalidade e exigí-los em sua origem. O cerne dos direitos não deve ser enxergado

a comunidade de si mesma”. Longe de ser pré-políticos, os “direitos humanos universais” demarcam o âmbito preciso de politização propriamente dita e podem se equiparar ao direito de universalidade como tal [...]. O paradoxo é, por conseguinte, bem preciso, e proporcional ao paradoxo dos direitos humanos universais como os direitos daqueles que foram reduzidos à condição de desumanidade. No preciso momento em que tentamos conceber os direitos políticos dos cidadãos sem referência alguma aos direitos humanos universais “metapolíticos”, perdemos a política em si mesma, isto é, a reduzimos ao jogo “pós-político de negociação de interesses particulares. (Tradução nossa)

na caligrafia daqueles que subscreveram os documentos que formalizam a sua existência, mas em perspectiva *microfísica*, nos termos de Foucault (2008). Assim como a democracia se estrutura pelo poder do povo, este mesmo povo se sustenta pelos direitos emanados por ele próprio, considerado na individualidade de cada partícipe do macrocosmo social. Lynn Hunt (Hunt 2009, 19) reafirma o dever de avaliar os Direitos Humanos por um discernimento alternativo, ao dizer que

Os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade. Não são apenas direitos humanos em oposição aos direitos divinos, ou direitos humanos em oposição aos direitos animais: são os direitos de humanos vis-à-vis uns aos outros. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (mesmo que sejam chamados “sagrados”), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm.

Compreender os Direitos Humanos como resultado de uma transição permanente do fluido de poder social entre a totalidade global significa entendê-los como direitos não mais universais, mas *multiculturais*, isto é, desentranhados de uma origem singular, mas oriundos de todos os solos, sendo germinados por uma pluralidade irrefreável de agentes, sendo por ela também exigidos.

Neste viés, Boaventura de Sousa Santos questiona (Santos 2003, 438) a universalidade dos Direitos Humanos, ao passo que propõe sua contextualização em multiculturalidade e em consonância com o fenômeno do *cosmopolitismo*, isto é, a existência de uma cidadania mundial, dissociada de barreiras geopolíticas em favor de uma nova configuração social:

[...] enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. *Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. Concebidos como direitos universais, como tem acontecido, os direitos humanos tenderão sempre a ser um instrumento do “choque de civilizações” [...], ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo (“the West against the rest”).* A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. A relação equilibrada e mutuamente fortalecedora entre a competência global e a legitimidade local, que [...] é a precondição de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo, exige que estes sejam transformados à luz do que é chamado de multiculturalismo emancipatório [...]. (Grifo nosso)

A superação da dicotomia relativismo-universalismo depende, portanto, de uma reinvenção dos direitos como forma de emancipação. Eis que considerá-

-los de maneira corpórea e enxergá-los como arraigados politicamente ao âmago social são armas necessárias à libertação dos direitos e à sua efetividade plena.

A contemporaneidade tem efetivamente demonstrado que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, da maneira como hoje se põe, é passível de subserviência aos interesses imperialistas das grandes potências mundiais, e a corrupção do Direito Internacional Humanitário para a perpetração de intervenções militares explicitamente colonialistas, o domínio de cinco países sobre o poder coercitivo das Nações Unidas, o simbolismo do controle de convencionalidade e a ineficácia do *jus cogens* revelam sintomas graves dessa realidade.

Dar margem ao florescimento do cosmopolitismo multicultural é um meio de mudança desse paradigma. O rearranjo da disposição de enunciação normativa, isto é, a retomada dos direitos pela coletividade, de forma que esta seja emissora de garantias, e não simples destinatário destes, é condição inescapável para reinventar os Direitos Humanos. E essa reinvenção só ocorrerá quando da infiltração desse processo na pirâmide social desde sua base.

Numa sociedade cosmopolita, caberá aos titulares da cidadania em sua totalidade enfrentar o *establishment* que toma assento nos postos de poder e combater a hegemonia inerente a seu *modus operandi*. Erradicar os obstáculos à efetivação dos Direitos Humanos é uma tarefa cuja responsabilidade não jaz com os Estados e as organizações internacionais, mas com os detentores de sua legitimação.

Eduardo Bittar, em sua análise do cosmopolitismo, denuncia (Bittar 2008, 89) que somente esse enfrentamento é capaz de fazer frente ao monopólio de poder instaurado no mundo globalizado e, a partir disso, mudar os rumos da afirmação de direitos e garantias na ordem internacional:

Os direitos humanos, em verdade, na luta pela afirmação de relações internacionais realmente pautadas pela afirmação dessa categoria de direitos, devem ser a expressão do *front* de reação ao localismo globalizado. Trata-se de pensar que, se tomados não no sentido universalista a eles atribuído pelo Ocidente, mas em seu sentido multicultural, podem servir de cultura contra-hegemônica em face dos desvarios dominadores dos ocidentais expansionistas de suas ideologias, de seus mercados, de seus imperialismos.

A revolução da ordem internacional é, mais que tudo, política. Guarnecer os direitos de conteúdo político e reconhecer que os cidadãos, enquanto sociedade cosmopolita, não mais podem estar adstritos ao círculo no qual foram inseridos, mas que são componente essencial de um organismo maior e mais diverso, é o meio mais eficaz para reestruturar o panorama social e edificar *de facto* um sistema global de proteção aos Direitos Humanos.

Em sua obra mais conhecida, Joaquín Herrera Flores cumpre o papel de anunciar (Herrera Flores 2009, 12) que o Direito não é capaz de caminhar só,

mas que a jornada para a construção de um mundo mais justo tem na juridicidade apenas um dos aparatos necessários a essa estruturação:

El derecho, sea nacional o internacional, no es más que una técnica procedimental que establece formas para acceder a los bienes por parte de la sociedad. Por supuesto, que estas formas no son neutrales ni asépticas. Los sistemas de valores dominantes y los procesos de división del hacer humano (que colocan a individuos y grupos en situaciones de desigualdad en relación con dicho acceso) imponen “condiciones” a las normas jurídicas sacralizando o deslegitimando las posiciones que unos y otros ocupan en los sistemas sociales. El derecho no es por consiguiente una técnica neutral que funciona por sí misma. Como tampoco es el único instrumento o medio que puede usarse para la legitimación o transformación de las relaciones sociales dominantes. El “derecho” de los derechos humanos es, por tanto, un medio –una técnica– entre otros muchos a la hora de garantizar el resultado de las luchas e intereses sociales; y, como tal, no puede escindirse de las ideologías y de las expectativas de los que controlan su funcionamiento tanto a nivel nacional como internacional.⁶

Desta forma, entendemos que a conjunção de elementos como a democratização dos meios de comunicação, a reorganização do sistema econômico global em prol de uma distribuição mais equitativa de renda e a politização sistematizada dos cidadãos, quando direcionados à consecução de uma comunidade cosmopolita – determinada pela multiculturalidade e pela emancipação –, é capaz de dar novo sentido de existência e validade aos Direitos Humanos, dando vazão à concretização de seus mecanismos e engendrando, desde então, uma realidade possível para sua efetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS – POR UMA CONCEPÇÃO CONTRA-HEGEMÔNICA DOS DIREITOS HUMANOS

Ao fim e ao cabo, o caminhar rumo ao final dessas linhas pode parecer nebuloso, e as palavras que compõem esse trabalho podem soar desalentadoras. Apesar disso, acreditamos firmemente que ainda há, sim, esperança para os Direitos Humanos.

⁶ O direito, seja nacional ou internacional, não é mais que uma técnica procedimental que estabelece formas de alcançar bens por parte da sociedade. Evidentemente, estas formas não são claras ou asépticas. Os sistemas de valores dominantes e os processos de divisão do fazer humano (que colocam indivíduos e grupos em situações de desigualdade em relação a dito acesso) impõem condições às normas jurídicas, sacralizando ou deslegitimando as posições que uns e outros ocupam nos sistemas sociais. O direito não é, consequentemente, uma técnica neutra, que funciona por si mesma, como tampouco é o único instrumento ou meio que se pode utilizar para a legitimização ou transformação das relações sociais dominantes. O “direito” dos direitos humanos é, portanto, um meio – uma técnica – entre os muitos outros rumo a garantir o resultado das lutas e interesses sociais; e, como tal, não pode desentranhar-se das ideologias e das expectativas dos que controlam seu funcionamento tanto a nível nacional como internacional. (Tradução nossa)

Em que pese o desgaste diuturno, provocado pela progressiva desestruturação do sistema internacional de proteção, pelo abuso continuado do poder e pela ignomínia pelo aparente fracasso dos ideais pelos quais tanto se lutou (e ainda se luta), o que nos cabe é continuar a caminhar. Cabe a nós o dever de questionar, problematizar e inexoravelmente reinterpretar os Direitos Humanos, buscando, na medida do possível, esquivar-nos da parcialidade e do desfazimento ideológico imposto a nós reiteradamente.

Num tempo de demonstrações exceptivas de arbítrio no âmago da democracia, o que nos resta é a contra-conduta. Faz-se necessário rediscutir a situação de guerra permanente vivida nos dias de hoje, de forma a construir uma realidade em que a soberania estatal, a diversidade cultural e a busca pelo desenvolvimento econômico não sejam óbices, mas fatores de reafirmação da dignidade humana.

Reprojetar o sentido de nossas relações, conjurar a soberania popular contra a subsunção e assumir os Direitos Humanos como arma contra-hegemônica ante a barbárie e ao sangue que jorra a nossos pés a cada segundo de nossa inércia não é, portanto, uma faculdade de poucos, mas um dever inescusável de todos nós enquanto cidadãos.

REFERÊNCIAS

- Bittar, Eduardo C. B. “Cosmopolitismo e direitos humanos” in *Direitos humanos no século XXI: Cenários de Tensão* (Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008), 77-93.
- Brasil. *Decreto n. 4.463* (2002), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm
- _____. *Decreto n. 7.030* (2009), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm
- _____. *Decreto n. 84.143* (1979), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D84143.htm
- _____. *Lei n. 6.683* (1979), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153* (2010), <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=145&dataPublicacaoDj=06/08/2010&incidente=2644116&codCapitulo=5&numMateria=22&codMateria=1>.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- _____. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentença de 14 de março de 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf
- _____. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf
- Douzinas, Costas. “The ‘end’ of human rights”. *The Guardian*, London, 10 dez. 1998.
- Foucault, Michel. *Microfísica do poder*. 28 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- Habermas, Jürgen. *A constelação pós-nacional: Ensaio político*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- Herrera Flores, Joaquín. *La reinvenición de los Derechos Humanos*. 1 ed. Andalucía: Atrapasueños, 2009.

Hunt, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, Jurisdiction and Admissibility, 1984 ICJ REP. 392 (Judgment of Nov. 26).

_____. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, Merits, 1986 ICJ 14 (Judgment of June 27).

Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969), https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm

Rodas, João Grandino. "Jus cogens em Direito Internacional" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 69 (1974): 125-136.

Santos, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Security Council Report. *UN Documents*. <http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/>.

The United States of America. *Department of State Letter and Statement concerning Termination of Acceptance of ICJ Compulsory Jurisdiction*, 24 I.L.M. 1742 (1985).

_____. *U.S. Withdrawal from the Proceedings Initiated by Nicaragua in the ICJ, Department Statement*, Jan. 18, 1985, DEP'T ST. BULL., No. 2096, March 1985, at 64.

Torelly, Marcelo. "Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?". *Revista Direito e Práxis* (2017) 1 (8): 321-353.

Verdross, Alfred. "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law" in *American Journal of International Law* 60 (1966): 55-63.

Žižek, Slavoj. "En contra de los derechos humanos". *Suma de Negocios* 2 (2011): 115-127.

CAPÍTULO 11

PERSPECTIVAS CRÍTICAS À TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS ENTRE FOUCAULT E MARX

*Gabrielle Stricker do Valle
Gustavo Trento Christoffoli*

RESUMO: Este artigo pretende analisar e criticar a narrativa hegemônica sobre os direitos humanos, que privilegia o discurso jurídico (ou juridicizante), formalista e abstrato, sem considerar contingências históricas, econômicas e sociais. Sob essa perspectiva, os direitos humanos são vistos apenas a partir da lógica jurídica, ignorando a dimensão eminentemente política, na qual se confrontam interesses sociais e sujeitos que atuaram em função do reconhecimento dos direitos humanos. A mesma questão insidiosa que os filósofos críticos dirigiram ao direito – como Karl Marx e Michel Foucault – pode ser levantada perante os direitos humanos: qual a possibilidade de concretização de um direito subversivo, das classes não dominantes? Se as respostas não são iguais, a crítica à instrumentalidade do direito é semelhante – é um meio que pode ser capturado pelo capitalismo, pelo Estado e pelas forças sociais em ação. Foi investigando como os direitos humanos passaram a ser aceitos como “verdades autoevidentes”, cuja violação seria inaceitável a partir de meados do século XVIII, que Lynn Hunt demonstrou como a gramática dos direitos humanos esteve sob disputa desde a sua enunciação. Outros autores acrescentam, a esse panorama, questionamentos sobre o potencial político desses instrumentos jurídicos. Propõe-se, portanto, um panorama externo ao direito, para que os operadores e os estudantes do direito não ignorem as condições concretas de interpretação e aplicação dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Crítica; direitos humanos; cidadania; fascismo; capitalismo.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são um dos maiores desafios lançados ao Direito e, certamente, o maior na atualidade. Os conflitos entre universalismo e particularismo, secularização e liberdade religiosa, efetividade e inviolabilidade, autonomia individual e indisponibilidade, são temas cotidianos e, portanto, solo repisado no meio jurídico. Por esse motivo, somente é possível uma exposição parcial e ampla sobre o tema, que não pretende esgotá-lo.

A contribuição que esse trabalho busca é a de reunir uma série básica de leituras sobre o tema, comentando-as oportunamente. Consideramos essenciais as obras de Lynn Hunt (2009), Boaventura de Sousa Santos (1997; 2014), Joaquín Herreras Flores (2009), Olívia Ball e Paul Gready (2006), Costa Douzinas (2008), István Mészáros (2008), Evguiéni Pachukanis (2017), Bilharino

Naves (2015), entre outras, além de alguns apontamentos pertinentes de Karl Marx (2013) e de Michel Foucault (1993; 1995; 2014). Em nossas considerações finais, exporemos uma síntese das conclusões passíveis de articulação entre esses autores.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Os direitos humanos – inicialmente “direitos do homem” entre os franceses e “naturais” para os ingleses – ganharam força a partir do momento em que passaram a ser aceitos como “verdades autoevidentes” (Hunt 2009, 24). Mas o apelo emocional que a sua violação causa depende da partilha de um sentimento interno ou de uma “referência emocional anterior”. Historicamente, portanto, Hunt comprovou que seu contexto de criação exigiu uma mudança radical da “experiência do eu” (2009, 27).

Até então, o indivíduo era valorizado a partir de sua autonomia moral – capacidade de raciocinar e de julgar com independência. Essa era uma categoria intrinsecamente excludente: faltava, temporariamente, a crianças, insanos, escravos e homens sem propriedade e, permanentemente, às mulheres (Hunt 2009, 26). A elas, ficou reservado o exercício de uma “cidadania passiva” (apenas direitos civis, não políticos) até o século XX.

Curiosamente, foi justamente a partir das protagonistas mulheres dos romances epistolares que essa mudança radical começou a se operar. Esse gênero de grande sucesso editorial inspirou empatia para além das fronteiras sociais, econômicas e de gênero¹, aproximando os leitores de mulheres comuns, embora virtuosas, que sofriam a tirania dos homens em suas vidas íntimas. Os livros foram considerados como *licenciosos* (eróticos, embora não obscenos) pela Igreja e acabaram abalando os valores familiares, em especial a posição de subserviência natural da mulher, que deve ser obediente ao marido e ao pai. Mas ele era também defendido, mesmo entre alguns religiosos, como forma de ensinar a virtude sem um discurso moralizador explícito: a absorção na narrativa permitia perder a consciência de si e ensinava a empatia (Hunt 2009, 53-56).

No decorrer do século XVIII, surgia a etiqueta social, a vergonha, o autocontrole, a privacidade, a proliferação e a maior fidelidade nos retratos como forma de ressaltar a individualidade psicológica e fisionômica, um novo interesse pelo corpo humano e a rejeição dos castigos cruéis e difamantes (torturas e suplícios) (Hunt 2009, 72-92). O fundamento da autoridade era, paulatinamente, deslocado da “estrutura religiosa transcendental” para a “estrutura

¹ A autora destacou e analisou três obras: “*Pamela; ou Virtude Recompensada*” (1740) e “*Clarissa; ou a História de uma Jovem Dama*” (1748), ambos de Samuel Richardson, e “*Júlia; ou a Nova Heloísa*”, de Jean-Jacques Rousseau (1761).

interior”, pautada na intimidade – como o retrato da vida secular moral (Hunt 2009, 82-83). Contudo, não eram comportamentos intrinsecamente transgressivos: o leitor empático reúne uma série de características secundárias, das quais os magistrados poderiam compartilhar sem contestar a moralidade tradicional, nem o sistema de “crime e castigo” que limitava as paixões e institutos das pessoas comuns (Hunt 2009, 92-93).

Entre esses tradicionalistas esteve Muryart, juiz francês que contestou duramente a reforma penal de Beccaria, que, pautado na razão e na sensibilidade humana, preferia dissuadir os potenciais criminosos antes da prática do crime ou recuperá-los após a condenação, ao invés de marcá-los ou sacrificá-los para restaurar a integridade da comunidade e a ordem do Estado. Muryart defende o *status quo*, visto que “os homens devem ser julgados pelo que são, não como deveriam ser” e que, em ironia a Beccaria, era justamente “essa sensibilidade [que] fazia o sistema tradicional funcionar” (Hunt 2009, 93-94). Em verdade, as pessoas passaram a demonstrar alegria durante as execuções – e não a consternação de quem se prostra à “majestade esmagadora da lei, do Estado ou de Deus” (Hunt 2009, 94).

Constatou-se, afinal, que a brutalização do indivíduo não abria a porta para a salvação por meio do arrependimento, nem servia para expiar um pecado para o bem da comunidade. A tortura só não era repudiada pelos reformistas devido à tradição fisionômica europeia, que matinha a crença de que a tortura “podia incitar o corpo a falar a verdade mesmo quando a mente individual resistisse” (Hunt 2009, 97-101). A distinção entre corpo e alma, dor e sentimento moral, fisionomia e caráter, só viria a partir de 1750.

A Revolução Francesa procederia, com sucesso e em caráter de urgência, numa reforma das leis criminais logo nos primeiros anos, em consequência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Diversas foram as medidas tomadas: a privação de liberdade passou a ser o modo padrão de pena; foram abolidas as duas formas de tortura (“questão preliminar”, para obter cúmplices do crime, e “questão preparatória”, para obter confissões de culpa) e outros tratamentos infamantes²; a pena capital, por decapitação, foi reservada a alguns

² Como o banco humilhante destinado ao interrogatório (*a sellette*), os suplícios desonrosos e o ato formal de penitência (*amende honorable*), que tinha um fundo religioso (“o condenado, vestindo apenas uma camisa, com uma corda ao redor do pescoço e uma tocha na mão, ia até a porta de uma igreja e implorava o perdão de Deus, do rei e da justiça”, Hunt 200, 140-141). O novo código penal, no entanto, ainda permitia a exposição pública do criminoso por até três dias, na coleira de ferro, dependendo da gravidade do crime, como parte do ato de degradação cívica (Hunt 2009, 108; 137-141). “Eles [os deputados franceses] mantiveram a exposição pública e o colarinho de ferro, mas suprimiram o ato de penitência, o uso do tronco e do pelourinho, o ato de arrastar o corpo numa espécie de armação depois da morte, a reprimenda judicial e o ato de declarar indefinidamente em aberto um caso contra o acusado (sugerindo[,] portanto a culpa)”. Hunt 2009, 142. O papel da honra foi central nessas mudanças. As punições desonrosas extrapolavam a pessoa do criminoso e atingiam sua família, ficando

crimes seculares – a sodomia, antes punida com a morte, deixava de ser crime –, mas estendida a todos os cidadãos. Tornou-se necessário criar registros dos nomes exatos dos habitantes, de competência das municipalidades – o que posteriormente garantiria a gestão das populações – de modo que o sistema penal se tornou cada vez mais secularizado.

O caminho pelo qual a empatia era capaz de trabalhar em prol do bem comum foi por meio da solidariedade, no final do século XVIII. A aceitação de um materialismo, que colocava os humanos numa posição igualitária no nascimento e diferentes por conta das experiências, fez com que as paixões deixassem de serem vistas como vilãs, mas como aliadas a serem “mobilizadas pela educação para o aperfeiçoamento da humanidade, que agora era vista como aperfeiçoável em vez de inerentemente má” e não desensibilizadas pela tortura (Hunt 2009, 111).³

Declarar os direitos na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foi mais do que uma afirmação formal, mas a transferência efetiva de soberania e, simultaneamente, a criação do Estado-nação justificado pela proteção dos direitos individuais. O processo se deu de duas formas distintas. No caso americano, a tradição inglesa enfatiza os particularismos (Constituição de 1787 e *Bill of Rights* de 1791), mas foi necessário um reconhecimento universalista porque, naquele momento, não era possível criar um novo país a partir dos direitos dos ingleses nascidos livres, nem da tradição e soberania britânicas. A luta era por independência e não por reforma (Hunt 2009, 113-120).

Jefferson e Rousseau elevaram o universalismo a seu grau máximo na Revolução Francesa: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traz referência apenas a “cidadão”, “homem”, “sociedade” e nenhuma remissão à tradição francesa, à monarquia, à Igreja Católica, classes, religiões e sexos (Hunt 2009, 116-118; 128-129; 132-133). Por ser a primeira do estilo, é reconhecida como a precedente das demais.

os membros sujeitos a confisco, sem poder comprar cargos ou ocupar funções públicas e envergonhados perante a comunidade. Antes de 1760, era uma qualidade atribuível à aristocracia e ligada à monarquia; mas nesse período, seu significado se vinculou à virtude (honra pública, aos homens) e à castidade (honra privada, às mulheres) – estas que não perdiam direitos políticos com a condenação porque não os tinham.

³ Cf. Hunt 2009, 111-112: “Talvez pareça um tanto exagerado estabelecer uma ligação entre assoar o nariz com um lenço, escutar música, ler um romance ou encomendar um retrato e a abolição da tortura e a moderação do castigo cruel. Mas a tortura legalmente sancionada não terminou apenas porque os juízes desistiram desse expediente, ou porque os escritores do Iluminismo finalmente se opuseram a ela. A tortura terminou porque a estrutura tradicional da dor e da pessoa se desmantelou e foi substituída pouco a pouco por uma nova estrutura, na qual os indivíduos eram donos de seus corpos, tinham direitos relativos à individualidade e à inviolabilidade desses corpos, e reconheciam em outras pessoas as mesmas paixões, sentimentos e simpatias que viam em si mesmos.”.

Hunt pondera que, em meio às críticas⁴, o discurso dos direitos ganhava impulso desde 1760, com a popularização das expressões “direitos naturais”, “direitos do gênero humano”, “direitos da humanidade” e “direitos do homem”. O interessante da formação da linguagem dos direitos é que a sua universalidade e a tomada da soberania pelos deputados teve um “efeito galvanizador” e imprevisível. Novas questões passaram a se abrir para as minorias religiosas e os grupos até então excluídos da vida política e econômica, o que ganhou contornos imprevisíveis.

Em meses e anos, os grupos sociais se seguiam no grau de elegibilidade concreta de suas demandas. Essa era a lógica dos direitos universais: com os protestantes, viriam os judeus, então os escravos e os homens sem propriedade. Esse caminho foi pragmático e não atos de altruísmo esclarecido: “[s] em a referência à prática, a teoria poderia ter permanecido uma letra morta (como aparentemente continuou a ser para as mulheres)” (Hunt 2009, 150-166). A elas restaria apenas novos direitos civis (igualdade na herança e divórcio). No caso da abolição da escravatura, a autora aponta como fatores determinantes a independência do Haiti e a influência externa da Inglaterra e da Espanha, mas a interferência de Napoleão atrasou a abolição nas colônias para 1848 (Hunt 2009, 166-168).

O caso das mulheres não era sequer cogitado na construção dessa gramática universal. Não eram uma minoria e tampouco era desejável que mudassem sua identidade, como os não-católicos, mas, tinham mais direitos que os escravos. Condorcet, em julho de 1790, escreveria em seu editorial que as mulheres tinham as mesmas qualidades morais e racionais que os homens e que, portanto, deveriam ter os mesmos direitos. O que as mantinha submissas à vigilância era o hábito de todas as pessoas (Hunt 2009, 171). Após a conquista dos direitos civis, os tribunais abundaram em processos de divórcio e disputa por herança. Hunt conclui que a cidadania não deveria ser somente concedida pelas autoridades, “mas conquistada por si mesmo”, como for possível (2009, 174). Se o Iluminismo não havia progredido suficientemente, a lógica dos direitos naturais era “implacável” – “[a] promessa daqueles direitos pode ser negada, suprimida ou simplesmente continuar não cumprida, mas não morre” (Hunt 2009, 176).

Em reação aos exageros do nacionalismo francês bonapartista⁵, os alemães criaram o *Volk*, conceito particularista e expansionista que os distinguia

⁴ Cf. Hunt 2009, 124-125: “Nesse processo, conclui-se que a inalienabilidade dos direitos seria uma expressão de sua força e a confirmação de seu próprio fundamento. Tal característica era antagonizada por Hobbes, para o qual os direitos eram renunciáveis, e Bentham, que desacreditava do uso da razão para concluir e declarar qualquer lei que não fosse positiva.”

⁵ A disseminação do nacionalismo era fruto das ações imperialistas de Napoleão que, considerado um tirano à esquerda e à direita, fomentou a Revolução Bolivariana na América Latina com a deposição do rei espanhol (Hunt 2009, 178-183).

das demais nações pela etnicidade (Hunt 2009, 183). Até 1848, o campo nacionalista francês era ocupado pela defesa dos direitos nacionais. Os tradicionalistas, que até então se opunham às unificações alemã e italiana, reconfiguraram o nacionalismo para o espectro político da direita. Esse é o momento de viragem no qual o nacionalismo se tornava xenófobo, racista e antisemita, reativo às ondas migratórias e, em 1894, provocando o caso Dreyfus (Hunt 2009, 186). A recusa dos direitos pelos nacionalistas passou por argumentos biológicos, para diferenciar as etnias e os sexos, em oposição à tradição universalista.

Se a lógica dos direitos humanos exigia uma justificativa relevante para não cumpri-los, foi a ciência que cumpriu este papel (Hunt 2009, 187-191). De 1853 a 1855, Arthur Gobineau publicou trabalhos sobre a história e a superioridade dos arianos, degenerados pela miscigenação, ideia que Wagner adotaria. Charmberlain – genro de Wagner – acrescentou, ainda, que arianos e judeus teriam sido os únicos a manter a pureza racial e deveriam lutar entre si até a morte – o que influenciaria o antisemitismo e o neocolonialismo (Hunt 2009, 193-195).

O socialismo e o anarquismo também contestaram as limitações das fórmulas constitucionais dos direitos individuais. Mas, ao contrário dos nacionalistas, havia aqueles que desejavam mais direitos à classe trabalhadora (econômicos e sociais) através do processo político e outros, como Marx e Lênin, que insistiam na ditadura revolucionária do proletariado para transformar as condições sociais. Apesar de garantir a liberdade de imprensa, de religião e de expressão na Constituição de 1936, Stalin não hesitou em perseguir seus opositores com execuções e envio à campos de trabalho forçado (Hunt 2009, 197-201).

Com as condenações de crimes contra a humanidade por governantes, funcionários e militares, em Nuremberg no pós-guerra, a agenda dos direitos humanos pressionou a Liga das Nações a se tornarem Nações Unidas (1945). Até o momento, União Soviética e Grã-Bretanha se opunham a incluí-los na Carta das Nações Unidas, enquanto os Estados Unidos objetavam a sugestão da China de considerar todas as raças iguais (Hunt 2009, 203-204). A partir do momento em que a Carta recusou a possibilidade de intervenção militar a respeito de assuntos internos, os dois primeiros países aceitaram.

Não foi o suficiente para garantir os direitos humanos, pois a Carta dedicou somente algumas linhas ao tema, mas a Comissão de Direitos Humanos, presidida por Eleanor Roosevelt, se empenhou na criação de uma declaração de direitos. As aspirações da Declaração Universal eram muito mais compreensivas e menos concretas que as da Declaração francesa e se tivesse incluído instrumentos de imposição, jamais teria sido aprovada (Hunt 2009, p. 205-206). A despeito de sua considerável ineficácia⁶, a sua influência

⁶ Os Estados africanos, independentes a partir da década de 1960, ainda estavam sujeitos aos “caprichos da política internacional e intertribal”. Nos antigos Estados soviéticos, contudo, a adesão foi maciça,

nas discussões posteriores é inegável, tal como os predecessores do XVIII, e foi favorecida pela globalização⁷.

A contribuição empática dos romances expressou suas potências e limites. Já se sabe, hoje, que pessoas comuns, “nas circunstâncias ‘corretas’”, “podem ser induzidos (...) a empreender assassinatos em massa em combates corpo a corpo” - e também torturar. O diagnóstico é que os direitos humanos foram e tendem ser melhor defendidos por “sentimentos, convicções e ações de multidões de indivíduos, que exigem respostas correspondentes ao seu senso íntimo de afronta” (Hunt 2009, 215-216). Esse é um paradoxo, como vimos, reforça a autoevidência dos direitos humanos e foi o legado das declarações. Os problemas contemporâneos, contudo, exigem novas respostas, que não tirem a responsabilidade de torturadores e assassinos, mas não os desumanizem no processo.

Apesar de a grande maioria da população mundial não integrar a categoria de “sujeito de direitos”, a gramática de direitos humanos constituiu-se, de alguma maneira, na gramática hegemônica de dignidade (Santos 2014, 15; Douzinas 2008, 7). Se aqueles povos que mais necessitam dessas ferramentas não as tem, os direitos humanos se tornaram hegemônicos pela sua vitória ou pelo fracasso histórico? O amplo reconhecimento histórico dos direitos humanos no século XX, com a proliferação de tratados, foi contemporâneo das maiores violações a esses estatutos (Ball e Gready 2006, 19).

Essa contradição entre um patamar elevado do reconhecimento histórico de direitos humanos e a sua violação proporcional (quantitativa e qualitativamente), obriga questionar a capacidade real dos direitos humanos de promoverem transformações sociais significativas. Boaventura sugere que tenha ocorrido uma operação de domesticação daquele conteúdo subversivo e revolucionário que os direitos humanos já possuíram, de modo que o campo progressista se tornou avesso à “transformação revolucionária da sociedade”, como propunha o socialismo, depois das revoluções de 1848 (Santos, 2014, 21; 1997, 11-12).

A manifestação mais concreta da narrativa hegemônica sobre os direitos humanos perpassa o campo jurídico, de modo formalista e abstrato, sem considerar contingências históricas, econômicas e sociais, como se os direitos humanos fossem simplificáveis à pura lógica jurídica (Flores 2009, 59). Se assim fosse, bastaria que os direitos humanos estivessem positivados em leis,

remodelando o pensamento dos partidos socialistas e comunistas avessos a eles até então (Hunt 2009, 208-209). Ainda, as formas de violência infiltraram outras partes do Estado, como a tortura, cuja prática foi deslocada para o aparato policial.

⁷ Com o surgimento de organismos internacionais (Anistia Internacional, Anti-Slavery Internacional, Human Rights Watch e Médicos sem Fronteiras) e ONGs locais muito mais efetivas na pressão política que a ONU, mas que ainda assim se aproveitaram da Declaração Universal como suporte (Hunt 2009, 210).

constituições e tratados para se extinguir as injustiças sociais, sem a possível contribuição da teoria do Estado e da ciência política. É preciso lembrar que os direitos humanos são produtos de lutas sociais e conflitos históricos, devendo ter uma técnica específica de aplicação, dentre outras, para garantir o resultado daquelas lutas sociais (Herrera Flores 2009, 18).

A incorporação dos direitos humanos gerou um efeito rebote: o apagamento dos sujeitos que os demandaram, os interesses sociais que atendem e o seu conteúdo ideológico e político. Podem os direitos humanos, por exemplo, serem pensados isoladamente dos contextos neoliberais das décadas de 1980 e 90, ou em que atualmente estão inseridas? De que forma esses contextos de prevalência ideológica do mercado fizeram predominar uma ou outra concepção dos direitos humanos e sob quais aspectos a concepção liberal é limitada? (Herrera Flores 2009, 49-50; 54).

Se para a teoria crítica dos direitos humanos há um consenso sobre os duplos padrões das políticas de direitos humanos (como intervenções militares em nome de direitos e valores democráticos), não há concordância sobre se a existência de potencial a ser aproveitado pelos direitos humanos. Essa controvérsia diz respeito à possibilidade real dos direitos humanos serem hasteados como bandeira dos povos oprimidos. Como afirma Boaventura, há esse mesmo discurso variou de significado e legitimou práticas revolucínárias e contrarrevolucionárias, de modo a não ser possível saber se foram frutos das revoluções modernas ou de suas ruínas (2014, 21).

Daniel McLoughlin sumariza posições de autores contemporâneos cujas posições acerca da viabilidade transformadora dos direitos humanos divergem entre si, destacando-se, para os fins deste ensaio, as posições opostas de Giorgio Agamben e Jacques Rancière. Agamben basicamente argumenta na linha de que o problema central dos direitos humanos na modernidade é que eles jogam um papel muito grande no fortalecimento do Estado, ao invés de serem sua limitação (McLoughlin 2016, 312). Os atores políticos e jurídicos são mobilizados na tentativa de fortalecer os direitos humanos, todavia, não conseguem articular uma análise que dê conta das questões estruturais necessárias para entender e adequadamente confrontar os problemas (McLoughlin 2016, 313).

Rancière, por outro lado, acredita que a liberdade e igualdade proclamados no bojo dos direitos humanos não pertencem a nenhum sujeito político definido, mas sim que os sujeitos desses direitos estão em permanente disputa política. Esse sujeito dos direitos humanos não é um indivíduo ou uma coletividade, pois são produzidos através de uma luta política coletiva (McLoughlin 2016, 315). Em um sentido análogo, mas que se mantém na crença de que os direitos humanos são ferramentas úteis socialmente, Herrera Flores afirma que os direitos humanos “devem prestar para aumentar

nossa ‘potência’ e ‘capacidade’ de atuar no mundo.” (2009, 49-50). São, portanto, ferramentas adicionais – à parte de outras tão ou mais efetivas quanto – que se somam na luta por dignidade. Não devem preceder a ação política, porque isso significaria partir de uma posição conservadora que desconsidera a sua natureza propriamente social, não abstrata, que existe frente a um determinado conjunto de relações sociais, historicamente determinado.

Sem apontar para uma direção explícita acerca da necessidade/utilidade dos direitos humanos em produzir alterações sociais, como o fazem diversos autores citados aqui, é Douzinas quem vai dirigir críticas severas aos direitos e sua trajetória histórica. Uma de suas teses mais contundentes, em forma de genealogia e filosofia alternativa dos direitos, afirma que a limpeza étnica é descendente direta das grandes declarações de direitos do século XVIII. Isso porque a Declaração francesa fundou a inalienabilidade dos direitos naturais – independentes de governos e do tempo e local em que foram proclamados – e o princípio da soberania no qual reside essencialmente na nação.

Nasceram juntos e se reforçam simultaneamente, inaugurando “a modernidade, o nacionalismo, o genocídio, as guerras étnicas e civis, a limpeza étnica, as minorias, os refugiados, os apátridas”, ou seja, a cidadania foi novamente alçada a privilégio que excluiu os estrangeiros (Douzinas 2008, 11-12). Para Douzinas, portanto, estabeleceu-se clara e contraditoriamente, uma condição política que é a de ser “cidadão da nação” para ser capaz de exercer direitos, o que, em sua opinião, não poderia deixar de redundar em assassinatos e massacres.

2. PERSPECTIVA MARXISTA

O campo do marxismo, não obstante o próprio marxismo não possua uma crítica sistemática dirigida à teoria dos direitos humanos, possui elementos que se reunidos têm um potencial crítico extremamente relevante. Quando se afirma que o marxismo não possui uma crítica sistemática aos direitos humanos, tem-se em mente o fato de que o próprio Marx dirigiu poucas linhas de seus escritos a esse tema – e algumas dessas passagens serão abordadas adiante.

Em relação aos seus seguidores, pode-se propor uma divisão, baseada em Pachukanis (2017, 71), acerca de **i**) críticas que simplesmente introduzem o momento da luta de classes na criação, desenvolvimento e aplicação na atualidade do(s) direito(s) (humanos), e **ii**) as críticas que vão à raiz da forma jurídica em si, ou seja, que não questionam apenas a se o conteúdo do direito é positivo ou negativo para as lutas sociais, mas investigam se o direito em si (e portanto os direitos humanos, com sua igualdade e liberdade como núcleos fundantes) constitui uma forma necessária para a constituição e desenvolvimento do capitalismo. Não há aqui nenhuma hierarquia pairando sobre os

dois tipos de crítica; entende-se que ambas possuem seu valor justamente por operarem em níveis distintos.

No primeiro conjunto de críticas, encontra-se uma reflexão de Marilena Chauí acerca do discurso da universalidade dos direitos. Atualmente, é um processo desprovido de qualquer complexidade perceber que a desigualdade social atinge níveis elevados globalmente e que, para as classes subalternizadas, os direitos humanos instituídos em diversos tratados e documentos jurídicos não passam de palavras mortas. Chauí assevera que faz parte da ideologia burguesa afirmar que todos possuem direito à educação, mas não assegurá-los na prática. Isto é o reflexo de uma contradição mais profunda: aquela entre os que produzem os bens e riquezas e aqueles que usufruem dos bens e riquezas. É porque os que produzem riquezas e bens estão excluídos do direito de usufruir desses bens é que estão excluídos dos direitos (humanos) em geral. “É essa a contradição real, da qual a contradição entre a ideia de ‘direito de todos à educação’ e uma sociedade analfabeta é apenas o efeito ou consequência.” (Chauí 1980, 83).

Ainda nessa toada, é conhecido o trecho no qual Marx, no capítulo d’*O Capital* em que trata da jornada de trabalho, afirma ironicamente que é preferível uma lei eficaz, ainda que modesta e conquistada à força, do que um “pomposo” catálogo de “direitos inalienáveis” que seja tão belo quanto inútil (Marx 2013, 374). David Harvey acompanha essa direção, ao comentar que, apesar do senso comum sobre “*rights talk*”, se esquece que existem questões jurídicas que necessariamente têm de tomar partido ou do trabalho ou do capital. Em tais casos, somente a luta de classes poderá dar alguma substância, ainda que tais questões sejam colocadas em termos de direitos (Harvey 2010, 137).

O quê significa falar em direito humano (abstrato) ao trabalho, sem situar as condições históricas específicas em que tal direito está colocado, sem situar a correlação de forças das variadas classes presentes em determinado local? O que significa, além disso, transformar indivíduos em “cidadãos”, tornando-os desprovidos de sua condição determinada de classe – que faz brutal diferença na distribuição de direitos “universais” – senão promover uma operação ideológica sutil? Nas palavras de Bilharino Naves, “o que é o cidadão senão o indivíduo despojado de seus liames de classe, despojado de sua ‘particularidade’, o indivíduo universal que participa do Estado?” (Naves 2000, 83). Segundo Mészáros, a liberdade, a igualdade e a fraternidade não são direitos problemáticos em si mesmos, “mas em função do contexto em que se originam, enquanto postulados ideais abstratos e irrealizáveis, contrapostos à realidade desconcertante da sociedade de indivíduos egoístas.” (Mészáros 2008, 161).

Já a concepção hegemônica dos direitos humanos abstrai os sujeitos e os direitos, tornando-os inaplicáveis. As críticas marxistas parecem fundamentais à contraposição dessa noção juridificante, de que somente comandos jurídicos

(sejam leis, normas e princípios constitucionais) seriam suficientes para garantir alterações sociais significativas. Em uma sociedade que seja regida pela busca incessante do lucro (que é a necessidade primordial do modo de produção capitalista e não mero interesse) por meio da competição antagônica entre os produtores, da qual resultará concentração de riqueza em poucas mãos, qual força possuem os “pomposos catálogos” de direitos humanos? Segundo Mészáros, não há uma oposição marcada entre o marxismo e os direitos humanos, vez que Marx sempre defendeu “o desenvolvimento livre das individualidades”, desde que fossem esses indivíduos não antagonicamente opostos – de fato livres, iguais e fraternos a partir das condições materiais (2008, 161).

Já a segunda ordem de crítica marxista ao direito (e aos direitos humanos) reside na crítica à forma jurídica propriamente dita. Essa ordem de crítica pode trazer consequências inclusive aos movimentos progressistas que lutam pelas conquistas de direitos em geral, porque afirma a ligação umbilical entre a forma do direito e o capitalismo – significando, a grosso modo, que a luta por direitos pode ser prejudicial à luta anticapitalista.

Vejam os raciocínios: o capitalismo é o modo de produção de mercadorias, por definição. Tais mercadorias têm necessariamente de ser trocadas para que seu valor seja realizado – caso não sejam trocadas, ocorrerá uma crise. Considerando ainda que as mercadorias não se trocam sozinhas, mas através de seus guardiões (os possuidores de mercadorias), é necessário que tais guardiões se reconheçam reciprocamente enquanto proprietários privados, enquanto sujeitos de direito (Naves 2015, 169).

O contrato é o meio pelo qual as vontades se exprimem e se harmonizam. Foi através de um processo histórico riquíssimo que a força de trabalho se tornou mão-de-obra livre e, portanto, mercadoria. Foi quando se tornou mão de obra livre, que poderia ser vendida e comprada e se tornou um simples negócio jurídico. Isso oculta o fato de que, para que a força de trabalho seja oferecida, é preciso que seu possuidor possa dispor dela como seu proprietário, frente ao possuidor dos meios de produção. Trata-se de uma relação entre proprietários de mercadorias juridicamente iguais, que só pôde acontecer em um período específico da história, no qual a liberdade e a igualdade entre os seres humanos já havia sido forjada nas revoluções liberais. Naves percebe, a partir disso, que

Todo o mistério do direito e a liturgia sagrada que consagra os direitos do homem aparecem aqui em sua crua realidade: **a liberdade e a igualdade são determinações do valor de troca**, necessárias para que o homem possa ser ‘comercializado’, isto é, **para que a sua força de trabalho possa circular como objeto de troca** que ele, como seu proprietário, aliena por tempo certo, concedendo ao comprador o direito de consumir essa mesma força de trabalho no processo de produção. (Naves 2015, 169; grifos nossos).

O argumento central, estabelecido por Pachukanis, afirma que os conceitos fundamentais do Direito (a subjetividade jurídica, da qual deriva os sujeitos de direito, os contratos e a propriedade) são derivações necessárias das formas econômicas então em pleno desenvolvimento na aurora do capitalismo. Segundo ele, em uma passagem que exemplifica como as formas jurídicas fundamentais são reflexo das formas econômicas, “[n]ão se pode dizer que a relação entre o credor e o devedor seja criada pela ordem coercitiva de dado Estado como punição pela dívida. Tal ordem, que existe objetivamente, garante, mas de modo nenhum engendra, essa relação” (Pachukanis 2017, 100). Aqui já temos condição de visualizar como a teoria marxista do direito de Pachukanis (e segundo alguns autores, do próprio Marx) alerta para o risco de que, em outras formações sociais, eternizemos as formas jurídicas que foram produzidas por condições históricas específicas do capitalismo, tal qual é o direito e o seu corolário ocidental, os direitos humanos.

3. PERSPECTIVA FOUCAULDIANA

Foucault concentrou seus trabalhos em três campos (poder, saber e ética) que atravessam a criação do sujeito e, no caso da produção da verdade, o tomam como objeto do conhecimento (2000a). Sua analítica do poder está diretamente imbricada com os processos de formação da verdade (1999) e, em contrapartida, à possibilidade de resistência (1995) a esse mesmo poder por meio de uma atitude corajosamente ética - a coragem da verdade (2014).

Não interessa a Foucault, na constituição dos saberes, a diferença entre verdade e falsidade, mas, sim, encontrar outro sentido de verdade, subterrânea na ordem das descrições científicas, que se revela a partir das práticas discursivas. As coisas que se apresentam como objeto de conhecimento são historicamente delimitadas: o tratamento da loucura, por exemplo, passou do controle da religião para o da protopsiquiatria e, por fim, incluiu a neurologia. O objetivo é entender quais foram as regras, as condições pré-existentes, que permitissem a enunciação de um certo discurso e não de outro. Os significados das coisas não pertencem a ela intrinsecamente - ao passo que na Idade Média as relações entre as palavras e as coisas fosse pensada em termos de *semelhança*, na Idade Moderna entramos na *era da representação* (2000b).

Assim, o discurso é uma produção do objeto de saber, é o exercício do poder na realidade, que permite vir à tona e se inscrever na realidade temas que até então não eram de importância dos saberes (2012, 229). Isso ocorreu com o surgimento das ciências humanas no século XIX, que tornaram o homem seu objeto, ao mesmo tempo que sujeito do conhecimento (2000b, 475-516). Por outro lado, no mesmo período, passa-se a pensar a vida a partir da biologia. A partir da singularidade - e não da universalidade justificadora

– desses processos permite identificar as regras de enunciação presentes num contexto histórico absolutamente preciso (2008, 5-7). Os discursos enunciados produzem e estabelecem positivities – objetos de conhecimento que passam a existir no campo dos saberes.

Com o desenvolvimento de sua genealogia, Foucault passa a articular saber e poder: ao passo que o poder se exerce porque está ancorado ou possibilita o “dizer verdadeiro”, por outro lado os saberes não estão isentos da produção das relações de poder. Assim, a relação do sujeito com o saber é mediada pelo poder. O poder é sempre relacional (exercido ou sofrido em face de alguém) e se capilariza das instituições até os níveis mais ínfimos das relações sociais em forma de rede (Foucault 1999, 27-48; 1989, 179-191; Fonseca 2001, 116-120). Essas relações nem sempre são frutos da ideologia, ou seja, decorrem do Estado, mas não raro são assimiladas por ele. Foucault não pretende definir o poder, mas sim conhecer o seu “como” (1995, 1), avalia-lo em suas práticas, concentrando-se nos meios e formas de se exercer poder.

Essa vasta rede atravessa não só as relações sociais, como os próprios indivíduos, constituindo sujeitos e identidades. Pode-se afirmar que o direito não é um instrumento racional e neutro de comandos, e também não é a única forma de poder existente na sociedade em relação aos indivíduos. Está inserido nas redes flexíveis, influenciando-as e por elas sendo influenciado, numa complexa circulação dos sentidos dos micropoderes. A função premente do poder em Foucault é normalizar e ele pode ser exercido como soberano, disciplinar ou biopolítico – muitas vezes se entrecruzando.

No século XVII, surge o poder disciplinar, que é localizado especialmente nas instituições e atua por mecanismos e tecnologias sobre os corpos. Seu lugar é marcado no espaço e suas regularidades procuram utilizar e docilizar estes corpos. Não é um poder somente repressivo ou corretivo, pois, por meio dos saberes, produz primeiro o padrão de anormalidade, para depois corrigi-lo a partir de um padrão de normalidade também criado. Os corpos sofrem exame, vigilância hierárquica e, se não correspondem ao critério de normalidade, sanções (Foucault 1987, 195-202). Não raro a disciplina é acompanhada do poder soberano, dotado de formas jurídicas.

O desenvolvimento de novas tecnologias de poder na segunda metade do século XVIII, leva Foucault a definir a biopolítica como modo de governo sobre a vida em termos políticos, atuando e intervindo sobre massas e populações, que consistem numa soma de processos biológicos sobre os quais se pode interferir. A lógica da biopolítica é de fazer viver e deixar morrer: é necessário interferir na existência biológica, ampliando nascimentos, minorando as mortes e diminuindo as doenças a um grau ótimo. As práticas desenvolvidas pela biopolítica dependem de censos estatísticos, que permitem a compreensão dos fluxos dos processos biológicos. O inverso da biopolítica é o poder soberano,

o qual atua sobre o sujeito de direito, faz morrer e deixa viver. O biopoder seria o entrecruzamento entre a biopolítica e a disciplina, mais visível no século XIX (Foucault 2004, 268-269).

A distinção entre biopolítica e disciplina se dá pelos objetos (respectivamente, corpo individual e população), meios (na instituição – por meio da quadriculação, disposição, localização dos corpos – ou nas cidades – com seu ambiente em torno e políticas urbanas, ambientais, sanitárias) e mecanismos (normalização dos corpos ou normação e; mecanismo de segurança ou normalização em sentido estrito). Ademais, para o exercício do poder disciplinar, faz-se necessária uma norma anterior, um padrão já esquadrihado pelos discursos de saber, que também produzem os corpos normais. A biopolítica, por outro lado, estabelece o normal antes da norma – que é a curva ótima dentro das curvas possíveis de acordo com algum critério biológico referente a uma certa população.

Esse é o ponto no qual o pensamento foucauldiano dedica atenção à economia política: a forma liberal do Estado, no século XVIII, adota seu modelo de acordo com o *laissez faire*, observando os processos biológicos e mensurando as diferentes ocorrências, para estabelecer aquelas que são preferíveis e melhores (normais) ou impreferíveis e piores (anormais). O ideal é governar menos e, portanto, sobre as bases da naturalidade. É esperado, portanto, que haja uma certa mortalidade infantil, que não deve ser demasiado alta, nem baixa, a fim de que a população esteja em um equilíbrio dinâmico. Ou, ainda, que haja uma certa escassez de comida, pois, sendo baixa, os preços cairão (e, posteriormente, haverá escassez) e, sendo alta, os preços tornarão a compra inacessível e a mortalidade aumentará (2008, 71-103).

Assim, a população terá uma curva ótima de mortalidade, seja por doenças, velhice ou escassez alimentar, previamente esperada e desejada pelo Estado. Qualquer padrão diverso desses requererá a sua intervenção – o exercício do poder biopolítico. Nessa lógica, há certamente vidas que valem mais que outras e que exigirão a atuação do Estado em seu favor. A atuação da tanatopolítica – poder de fazer morrer – decorrerá das práticas discursivas, ou seja, da concretude.

É necessário pontuar que, ao governar menos, o Estado economiza o exercício do poder e permite uma maior disseminação da biopolítica. A liberdade do indivíduo é estabelecida para que seja exercida sem atritos com a liberdade coletiva e dentro dos limites desse poder, não sendo, nesse enquadramento, o indivíduo um sujeito de direito, nem a liberdade um direito originário. Ao mesmo tempo em que ela é exercida, assim o é dentro de critérios de risco, crise e perigo, sujeitas à atuação de mecanismos de segurança que a incentivem. Governar menos não é, portanto, não governar, mas governar de forma ótima.

Foucault também distinguiu uma lógica neoliberal do Estado, a partir dos modelos norteamericano e alemão (2008, 139-364). Particularmente no

primeiro, que se sobrepôs, a economia não é mais tragada para dentro da política, mas o contrário: o modelo político é um modelo empresarial, de concorrência disseminada. As práticas biopolíticas atuam sobre a população, separando os contingentes preferíveis para atuar dentro do mercado, sob concorrência. Assim surge o *homo economicus* (Foucault 2008, 365-396), empresário de si mesmo, que investe em si mesmo não só em termos intelectuais, mas também em termos biológicos – o próprio individual atua biopoliticamente sobre si mesmo para ser mais capacitado na sociedade de concorrência. Há dois campos nos quais esse investimento ocorre: na ordem do hereditário (permeada pelo risco) e na ordem do adquirido (como o investimento de pais em filhos).

A partir da percepção da atuação sobre si mesmo, Foucault desenvolve o conceito de governamentalidade. As formas de poder, que são acompanhadas também de racionalidades próprias de governo, apresentadas pela genealogia se esgarçaram até a contemporaneidade. Não basta mais apontar o governo dos outros, pois há também o governo de si sobre si mesmo. O próprio indivíduo se subjetiva, por meio de práticas como a confissão católica, o cuidado de si e o falar franco (ou *parresía*) (Foucault 2014, 5-10).

A primeira consiste em remodelar a relação do sujeito com a verdade, extraíndo-a de si mesmo, mas com a necessidade de um condutor externo (confessor). A segunda é um desdobramento do conhece-te a ti mesmo, mas não no campo epistemológico e sim numa relação ética, estética e política, por meio de exercícios de ascese sobre o corpo e a alma – Foucault chama de uma “estética existencial”. Pode haver um condutor, tal qual um professor ou um amigo, que desempenha um papel social e político e que permite diferentes formas de existência. Tornar a própria vida uma obra de arte visível é atravessá-la pela ética e espelhar princípios, motivo pelo qual a ascese é necessária. Por fim, a *parresía* é o falar franco daquele que se autocoloca em perigo porque perturba a ordem. Também permite colocar na ordem do visível a ética que atravessa a existência pessoal, pois requer um compromisso pessoal sério com a verdade enunciada, levada escandalosamente às últimas consequências, sem fazer concessões.

Ricardo Marcelo Fonseca conclui afirmando que essas ideias podem ser esboçadas para além da teoria do Estado através de uma perspectiva do poder jurídico ou poder do direito, que extrapolaria a noção de relações de um sujeito de direito e entraria no estudo específico do direito em relação às estratégias específicas de normalização (2004, 278-280). Nesse espectro, pode-se questionar como, frente à construção de uma sociedade civil que se diz garantidora de uma autonomia individual, tem-se cada vez mais tolhido a própria autonomia individual dos sujeitos que dela fazem parte.

Em suma, os sujeitos sofrem as opressões das normalizações e em muitos casos o direito as reforça ou atua como o braço que impõe a normaliza-

ção a determinados grupos. Mas, ao mesmo tempo, por não ser o mecanismo em si que a institui, o poder jurídico não dispõe de instrumentos para identificar quais são os regramentos preenchidos de normalizações e muito menos de salvar os indivíduos dessa sujeição. Seria, contudo, errôneo acreditar que Foucault não ofereceu nenhuma alternativa de resistência a partir de seu pensamento.

Esse vácuo do direito permite que se os indivíduos se organizem e estabeleçam “estratégias de confronto” dentro das relações de poder. Devem buscar o espaço de escapatória que permite a insubmissão e o uso de “liberdades essencialmente renitentes” e que existe ao menos virtualmente. A intensificação das relações de poder para suprimir esses pontos conduz ao limite do exercício do poder. Toda estratégia de confronto quer se tornar uma relação de poder, ao passo que toda relação de poder, ao se deparar com resistências frontais, torna-se a estratégia vencedora (1995, 8-9).

É justamente aí que importa que a ação do indivíduo seja também ética, para que não se confunda com as relações de poder que promete combater. Logo no início de sua carreira, Foucault elencou os antagonistas da perspectiva política que Deleuze e Guatarri propunham: “os burocratas da revolução e os funcionários da Verdade”, “os deploráveis técnicos do desejo” e os fascistas – estes, adversários estratégicos. O fascismo, para Foucault, “está em todos nós”, “ronda nossos espíritos e nossas condutas cotidianas”, “nos faz gostar de poder, desejar essa coisa mesma que nos domina e explora” (1993, 197).

Assim, ele lista princípios essenciais para a ação política vida cotidiana, os quais podemos sintetizar em: permitir a multiplicidade e a diferença, evitar a “paranoia unitária e totalizante”, libertar-se das “categorias do Negativo” (entre elas a lei, o limite e a falta), preferir “os agenciamentos móveis aos sistemas”, utilizar a “prática política como um intensificador do pensamento”, a “análise como um multiplicador das formas e dos domínios de intervenção da ação política”, “não se apaixonar pelo poder” e, finalmente, não exigir da política o reestabelecimento dos direitos como definiu a filosofia, pois o indivíduo é fruto do poder e se faz necessário desindividualizar, multiplicar e deslocar com novos agenciamentos e combinações (1993, 200).

Foucault, a todo o tempo em suas análises, esteve preocupado não com o direito, mas com a análise das formas de poder, que se inscrevem na realidade, e contra as quais a ação política terá de se confrontar, sem ser apropriada por elas. O primeiro passo na luta pelos direitos humanos é combater o fascismo – a paixão pelo poder e pela hierarquia – dentro de nós mesmos. Enfrentar o poder é abolir de nós a paixão por ele e multiplicar as formas de produção da verdade éticas e os métodos de ação política para agir nos interstícios. Para não ser capturado, é necessário ter em mente: “a visibilidade é uma armadilha” (1987, 224).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, podemos afirmar que todos os autores aqui citados possuem o denominador comum da crítica à narrativa hegemônica dos direitos humanos, ainda que não sejam uniformes na direção em que suas críticas apontam. O principal a ser destacado nos argumentos acima expostos é a insuficiência do discurso jurídico, cuja efetividade e alcance serão sempre discutíveis. Algum pragmatismo, voltado à ação política, se mostra necessário, independentemente das prioridades e métodos elencados pelo posicionamento teórico adotado.

Essa resposta, por si só, é apenas o começo para uma série de novas questões que a atualidade impõe, mas deixa claro que a luta pelos direitos humanos requer estratégias social e economicamente efetivas, eticamente concretas e historicamente aperfeiçoadas. Essa luta que lutamos certamente será perene e intensa no século XXI.

REFERÊNCIAS

- BALL, Olivia, e Paul Gready. 2006. *The no-nonsense guide to human rights*. Oxford: New Internationalist Publications Ltd.
- CHAUÍ, Marilena. 1980. *O que é ideologia*. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense.
- DOUZINAS, Costas. 2008. "El fin(al) de los derechos humanos." *In. IUS. Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n. 22, 6-34.
- FONSECA, Márcio Alves. 2012. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. 2004. "O poder entre o Direito e a 'Norma': Foucault e Deleuze na Teoria do Estado." *In. Repensando a Teoria do Estado*, organizado pelo autor. Belo Horizonte: Fórum.
- _____. 2002. *Modernidade e Contrato de Trabalho: Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: LTr.
- FOUCAULT, Michel. 1987. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. Petrópolis: Vozes.
- _____. 1993. "O Anti-Édipo: Uma Introdução à Vida não Fascista." *In. Cadernos de Subjetividade*, publicado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Subjetividade do Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica da PUC-SP. v. 1, n. 1, São Paulo, 197-200.
- _____. 1995. "Como se exerce o poder?." *In.: Michel Foucault, uma trajetória filosófica*, escrito por Hubert Dreyfus e Paulo Rabinow, traduzido por Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- _____. 1996. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau.
- _____. 1999. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2000a. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- _____. 2000b. *As Palavras e as Coisas*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2008. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2012. "Poder e Saber." *In.: Ditos e Escritos v. IV: Estratégia, Poder-Saber*, coleção de textos e entrevistas do autor. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- _____. 2014. *A Coragem de Verdade*. Traduzido por Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes.
- HUNT, Lynn. 2009. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras.
- HARVEY, David. 2013. *Para entender o Capital*. São Paulo: Boitempo Editorial.

- HERRERA FLORES, Joaquín. 2009. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- MARX, Karl. 2013. **O Capital: crítica da economia política**. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo Editorial.
- MCLOUGHLIN, Daniel. 2016. **Post-Marxism and the Politics of Human Rights**: Lefort, Badiou, Agamben, Rancière. Law Critique.
- MÉSZÁROS, István. 2008. **Filosofia, ideologia e ciência social**. São Paulo: Boitempo Editorial.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. 2017. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo Editorial.
- NAVES, Bilharino. 2015. *In.*: KASHIURA JR.; AKAMINE JR.; MELO, Tarso de (org.). **Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas**. 1ª ed. São Paulo: Outras Expressões, Editorial Dobra.
- _____. 2000. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo Editorial.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 1997. "Por uma concepção multicultural de direitos humanos." *In.*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, jun./97.
- _____. 2014. **Se Deus fosse um ativista de direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Cortez.

CAPÍTULO 12

REFUGIADOS AMBIENTAIS: ENTRAVES E POSSIBILIDADES DE PROTEÇÃO JURÍDICA¹

Ana Carolina Silva Domingues

RESUMO: O século XXI é marcado por uma crise humanitária, considerando que desde a Segunda Guerra Mundial, o número de deslocados nunca foi tão extremado. A terminologia “deslocado” utilizada neste artigo tem natureza ampla, na medida em que trata não apenas de um fenômeno específico, como refúgio, mas de todas as manifestações que dão origem ao deslocamento. O termo refugiado, segundo a Convenção de Cartagena de 1984, diz respeito a todo aquele que tem “a vida, liberdade e segurança em razão de violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos e violações de direitos humanos que tenham perturbado gravemente a ordem” (RAMOS, 2011, p. 77), sendo portanto, atrelado a um caráter subjetivo. Os refugiados recebem proteção no meio internacional por meio da concessão de direitos mínimos, como gozar de direitos semelhantes aos nacionais no tocante à saúde e à educação, o respeito ao *non-refoulement*, impedimento de serem devolvidos ao local de onde fogem; o *in dubio pro* refugiado. No entanto, se antes, as principais causas para deslocamento estavam atreladas à perseguição de caráter subjetivo; hoje, cada vez mais, estão ligadas ao caráter objetivo, como a situação das pessoas que abandonam seu *habitat* natural em razão de desastres ambientais de origem antrópica ou natural, estimando-se que podem chegar em 2050 ao número de 250 milhões a 1 bilhão de pessoas. É imperioso observar que, em que pese não haja dúvidas quanto à abrangência, à vulnerabilidade e à necessidade de amparo em virtude da universalidade dos Direitos Humanos, há uma resistência em tratar o grupo dos deslocados ambientais como refugiados nos termos do Direito Internacional dos Refugiados. O objetivo deste artigo é verificar, então, se são aceita as categorias de refugiados ambientais e se estes são protegidos de alguma forma e em linhas gerais no cenário internacional e regional, tecendo-se comentários acerca da efetividade desta proteção. Como resultado, observa-se que sequer a nomenclatura de refugiado ambiental é aceita de forma consensual internacionalmente. De outro lado, observa-se a existência de uma proteção indireta, por meio de tratados ou de princípios gerais como *non-refoulement*, solidariedade e responsabilidade comum, mas diferenciada, entre outros, embora seja diretamente protegido na legislação nacional de alguns países. Acerca da efetividade da proteção, constatou-se, por meio da exemplificação de casos notórios, que existem falhas que impedem os refugiados de serem amparados e protegidos de forma digna. Por isso, ao final foram tecidos apontamentos para melhorar o amparo aos refugiados ambientais, como a regulação por meio de lei específica internacional e a instituição de um sistema de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados; Meio Ambiente; Proteção Jurídica.

INTRODUÇÃO

O século XXI já é palco de uma crise humanitária, pois, segundo dados do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), o

¹ Artigo apresentado para o III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política.

mundo contava com mais de 65 milhões de pessoas deslocadas externa ou internamente em 2016², seja em razão de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião ou opção política, pertencimento a determinado grupo social, que configuram a situação de refúgio, bem como em virtude de causas como econômicas e ambientais (ACNUR, 2017).

Infelizmente, a situação tende a se agravar, considerando que dados do ACNUR apontam que até 2030 poderão haver até 160 milhões de pessoas deslocadas em razão da desertificação e, se levados, ainda, em consideração todos os desastres ambientais, naturais ou antrópicos, o número de deslocados poderá ser de 250 milhões a 1 bilhão de pessoas até 2050 (OIM, 2007, p.5). Embora a margem quanto à previsão de refugiados ambientais seja grande, o que poderia levar o leitor a questionar os dados, é importante ressaltar que grande parte dos desastres ambientais não são previsíveis ou controlados, de modo que a depender da intensidade dos efeitos naturais e da região afetada do globo, mais populosa ou não ou mais desenvolvida ou não, poderá se produzir um número maior ou menor de refugiados.

Ademais, é importante frisar que a maior parte dos que se deslocam em razão de desastres ambientais acabam migrando dentro das fronteiras nacionais ou para países próximos ao seu. Sendo assim, os efeitos ambientais, tanto dificultam a contabilização dos afetados, como são responsáveis por agravar problemas de marginalização internamente (SILVA, 2011, p. 8-9).

Não fosse isso, muitos se tornarão refugiados em razão de efeitos climáticos. Segundo dados do IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), a temperatura da média da terra tende a se elevar de 1,8°C a 4°C, o que aumentaria o nível dos oceanos e poderia fazer com que países do sul do pacífico deixassem de existir, uma vez que são ilhas que estão a poucos metros acima do mar, como Kiribati e Tuvalu³. Todavia, caso cumpridos alguns compromissos internacionais, como os firmados pelo Protocolo de Kyoto, os danos poderiam ser mitigados, de modo que a extensão desses danos estaria condicionada ao empenho dos países em diminuir a quantidade de emissões que intensificam o efeito estufa (LIMA, 2008, p.4).

Justamente por isso, no mundo atual, não há como negar que o direito ao meio ambiente compõe a indivisibilidade dos direitos humanos, no sentido de que a vida, dignidade, saúde, bem-estar econômico dependem da preservação da qualidade ambiental (BALL, 2009, p. 54). Isto é, o mundo globalizado não o é tão

² Do total de 65 milhões de deslocados, 23 milhões são refugiados e outros 2,5 milhões são refugiados palestinos, sendo que os demais se deslocaram por razões distintas das que permitem o refúgio.

³ O nível do mar subiu 30 centímetros em 30 anos. Mantida a média, algumas previsões indicam que pequenas ilhas de baixa topografia e regiões costeiras abaixo do nível do mar tenderão a submergir entre 2 e 3 décadas (G1, 2017). Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/06/ilhas-marshall-travam-luta-contra-aquecimento-global-que-eleva-pacifico.html>>. Acesso em 20 de julho de 2017.

somente economicamente, mas o é também em questões ambientais, no sentido de que cada país do globo é responsável por cuidar do meio ambiente para os seus nacionais e para as demais nações do mundo. Pode-se dizer que nesse processo ocorre uma corresponsabilização a ser assegurada, fruto de acordos entre nações.

Se por um lado as causas ambientais passaram a ter cada vez mais importância, isto foi aumentado pela intensificação do fluxo de refugiados em razão de desastres ambientais, que passaram a ter efeitos cada vez mais danosos, citem-se os notórios tsunamis que afetaram o Sul e Sudeste Asiático em 2004, 2006, 2007, 2010; o terremoto do Haiti de 2010; os furacões Irma, Maria e Harvey, que afetaram, principalmente, os países caribenhos em 2017, ou, mesmo, a destruição da barragem de Mariana, no Brasil.⁴

No cenário internacional, iniciou-se uma controvérsia quanto à nomenclatura escorregia para designar estas pessoas, havendo quem os designasse como “refugiados ambientais”, terminologia que pouco a pouco passa a ser mais aceita. Não bastassem a existência de dúvidas quanto à locução adequada para designar tais pessoas, não existe no cenário jurídico internacional um diploma que trate especificamente de protegê-los, de forma que estão inseridos em um limbo jurídico, ainda que o número deles, segundo alguns estudiosos, já suplante ao número de refugiados convencionais, ou seja, deslocados em razão de perseguição de guerras, conflitos políticos, perseguição por raça, nacionalidade, religião ou opinião (PENTINAT, 2006).

Diante desse cenário, este artigo terá como primeiro objetivo analisar como aqueles que necessitam de refúgio têm sido amparados pela proteção jurídica internacional de forma panorâmica, sem se ater a um determinado sistema ou legislação pátria, tratando do seu alcance e de sua construção histórica.

Levando-se em consideração que os refugiados ambientais não são alcançados por esta proteção, abordar-se-á aspectos associados desde a terminologia, conceito e as formas subsidiárias pelas quais encontram algum amparo. Encerrada esta etapa, discutir-se-á se essa proteção oferecida aos refugiados é suficiente, problematizando-se e exemplificando-se a questão por meio da menção de alguns casos notórios no cenário internacional.

Por fim, pretende-se lançar luz no que diz respeito do amparo jurídico dos refugiados ambientais, tecendo-se considerações acerca de possibilidades para a tutela dos refugiados, inclusive, enfrentando a questão quanto à necessidade da constituição de um conceito jurídico internacional.

⁴ A respeito do tema, narram Ferraço, Dias e Obregon (2016, p. 10): “Como exemplos de catástrofes naturais, pode-se citar a ocorrência em 2004 do tsunami, que afetou países asiáticos e africanos, os Furacões Célia (México) e Katrina (Golfo do México), o terremoto em 2010 que atingiu Porto Príncipe, Haiti, responsável pela morte de mais de 200.000 pessoas e 1,5 milhões de desabrigados, o excesso de chuvas e desabamentos ocorridos no Brasil, iniciados em 2008, que atingiram a cidade de Blumenau e Itajaí, dentre outros acontecimentos”.

1. PROTEÇÃO JURÍDICA VIA DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

A história humana inicia-se com a migração, considerando que em um passado não muito distante a espécie humana era nômade, saindo de um local a outro em busca de alimentos. Contudo, com o avanço das tecnologias, ela passou a se assentar em um só local, tornando-se mais rara a necessidade de migrar.

Ainda que os deslocamentos tenham passado a ser menos frequentes, o certo é que desde o livro de Gênesis – livro contido na Bíblia-, observa-se a narração do processo migratório de personagens como Abraão, José e sua família. Pode-se dizer que até os dias atuais as migrações continuam frequentes. Elas podem ser voluntárias ou forçadas⁵ (JESUS, 2009, p.29). São voluntárias quando as pessoas optam por sair de uma determinada região, seja em razão econômica ou por qualquer outra; sendo consideradas forçadas quando o migrante é impelido por fatores externos, como por perseguição política ou em caso de guerra.

Há que se ressaltar que o fenômeno do refúgio se insere nesse segundo grupo, por tratar-se de uma espécie de migração forçada. O termo refugiado foi utilizado pela primeira vez em 1685, já que com a revogação do Édito de Nantes, os protestantes franceses ou huguenotes perderam o direito de exercer sua fé, sendo obrigados a se refugiar na Inglaterra (SANTOS, 2016, p. 18).

Todavia, é apenas no século XX que se lança uma proposta de criar um direito dos refugiados em âmbito internacional, ideia que ascendeu em razão de uma perspectiva de que todo ser humano seria portador de direitos universais, inalienáveis, integrais e indivisíveis. Isto porque, “é na violação dos direitos humanos que se radica a causa fundamental pela qual as pessoas se veem coagidas a abandonar seus país de origem” (PITA, 2016, p. 7).

Diz-se que o marco do direito dos refugiados é o século XX, porque nele foi celebrada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que data de 28 de julho de 1951, sendo chamada de Convenção de 1951, embora esta só tenha entrado em vigor em 22 de abril de 1954. Esta Convenção, elaborada logo após a Segunda Guerra Mundial, pretendeu amparar os milhões de deslocados em razão da Guerra (BIMBATTI, 2016, p. 11-16).

A Convenção de 1951 é um marco importante, porque anteriormente, principalmente entre 1920 a 1935, os Estados definiam refugiados de forma casuística, primeiro delimitando o grupo que poderia ser protegido e, só após,

⁵ Para além do conceito de migrações forçadas e voluntárias, alguns autores propõem a divisão entre migrações reativas e proativas. Seriam reativas aquelas provocadas pelo ambiente, como as ambientais e decorrentes de perseguição. Já as proativas partem da iniciativa dos migrantes, como em razão de melhoria de suas condições econômicas (CLARO, 2013, p. 44).

descrevendo que causas poderiam dar ensejo ao refúgio, sendo que, em sua maioria, elas decorriam de perseguições religiosas, étnicas ou políticas (SANTOS, 2016, p.19).

Com a Convenção de 1951 foi estabelecido no cenário internacional que o refúgio não deveria ser concedido em razão da delimitação do grupo, mas em razão de eventos políticos e sociais gerador do deslocamento antes de 1º de janeiro de 1951, os quais vieram descritos no artigo 1º nos seguintes termos:

que, em conseqüência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em conseqüência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão “do país de sua nacionalidade” se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade. ⁶

É importante notar que a Convenção de 1951 marca o estabelecimento de direitos mínimos aos refugiados, que seriam o do *non-refoulement*; o *in dubio pro* refugiado; gozar direitos semelhantes aos nacionais no tocante à saúde, à educação, à liberdade religiosa e de manifestação, à possibilidade de ter trabalho e de ter documentos disponibilizados, inclusive para deslocamento - emissão de passaporte. Diz-se mínimos, porque nada impediria os Estados de conferir mais direitos, proteções ou garantias a estes (PACÍFICO; PINHEIRO, 2013, p. 110-112).

Sobre o princípio do *non-refoulement*, cumpre notar que ele consiste na vedação de que o país receptor devolva o refugiado, contra sua vontade, para o país do qual fugiu, em razão de perseguição ou para qualquer outro em que vá correr risco de morte, nos termos do artigo 33 da Convenção de 1951:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas (CONVENÇÃO RELATIVA AOS REFUGIADOS, 1951)

⁶ ACNUR, Agência da ONU para refugiados. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados

Além deste princípio, a Convenção estabeleceu o princípio da não-discriminação, que determina que o país que recebe o refugiado não pode promover diferenciações em razão da raça, religião ou país de origem, bem como que deve procurar integrar o refugiado. É importante notar que, para além de direitos, a Convenção também previu o estabelecimento de deveres aos refugiados, como o de respeitar leis e regulamentos do país que os acolhessem (GRUBBA; MAFRICA 2015, p. 210).

Cumprir notar que, quando da elaboração da Convenção de 1951, houve insurgências à abrangência, no sentido de que uns defendiam que todos os povos poderiam ser refugiados, enquanto alguns alegavam que apenas os europeus o seriam, em uma visão europeísta. A fim de conciliar as visões, decidiu-se que cada país determinaria a abrangência dada para a Convenção de 1951, no momento de se sua ratificação (SANTOS, 2016, p. 20).

No início, então, houve possibilidade de limitar a proteção aos refugiados local e temporalmente, já que a Convenção só valia para fatos anteriores a 1951, bem como porque os Estados poderiam adotar a concepção de que apenas poderia ser refugiado aquele que migrasse da Europa em razão de perseguição religiosa, política, racial ou de nacionalidade.

Ocorre que o mundo continuou a presenciar cenas de migrações, de forma que se viu a necessidade de dar ares mais gerais e perpétuos ao conceito de refugiado, motivo que ensejou a assinatura do Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados em 31 de janeiro de 1967, embora este só tenha entrado em vigor em 4 de outubro de 1967⁷. Optou-se por elaborá-lo via instrumento legal independente da Convenção de 1951, ainda que seja como ela relacionado, na medida em que o procedimento via emenda à Convenção seria mais moroso.

Como resultado do Protocolo de 1967, o conceito de refugiado foi ampliado quanto ao tempo e lugar, resultando na previsão de que assim o seria todo aquele que temesse a perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e, em razão dela, se deslocasse para outro país que não seja de sua residência habitual ou nacionalidade (SANTOS, 2016, p. 23-30).

Do conceito, nota-se que os seguintes requisitos devem estar presentes de forma cumulativa: a) receio ou fundado temor; b) perseguição por um agente determinado, motivada por questões relativas à raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas; e c) extraterritorialidade. Sobre a extraterritorialidade, apenas faz-se a ressalva de que é possível que uma dessas causas levem ao deslocamento interno, no entanto, aqueles que se deslocam dentro

⁷ ACNUR, 2017. Disponível em: < http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. > Acesso em 30/09/2017.

das fronteiras do seu país, ainda que recebam acolhida do ACNUR⁸, não são considerados refugiados, por gozarem de proteção do seu governo e dos direitos humanos⁹.

Uma grande inovação do Protocolo de 1967 foi permitir que os Estados pudessem reconhecer novas categorias de refugiados. Justamente por isso, a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos (OUA, hoje apenas União Africana ou UA), já em 1969, permitiu que fosse considerado refugiado qualquer pessoa que estivesse ameaçada por fato que perturbasse a ordem pública, ainda que este estivesse localizado em determinado local do Estado, equiparando os deslocamentos internos aos refugiados (CLARO, 2015, p. 96).

Por sua vez, a Convenção de Cartagena de 1984 também ampliou a conceituação de refugiado, para abranger todo aquele que tiver “a vida, liberdade e segurança em razão de violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos e violações de direitos humanos que tenham perturbado gravemente a ordem” (RAMOS, 2011, p. 77).

Mais recentemente, algumas Convenções ampliaram a sua conceituação para também abranger, direta ou indiretamente, aos refugiados ambientais, o que é o caso da Convenção 169 da OIT de 1989; Convenção da Liga Árabe sobre a Condição dos Refugiados de 1994, que expressamente prevê como refugiados aqueles que se deslocam em razão de desastres naturais; Convenção sobre o Combate à Desertificação, de 1994; e Convenção de Kampala, de 2009, que protege os refugiados a partir da definição de deslocados internos (CLARO, 2015, p. 124 e 209).

Embora a conceituação de refugiados tenha sido alterada localmente, para os países que não a ampliaram, apenas o rol do artigo 1º da Convenção de 1951 e Protocolo de 1967 seria vinculativo, conforme prevê o ACNUR. Isto é, a perseguição ou fundado temor deve ser quanto a atos praticados pelo do homem, vinculados à raça, religião, nacionalidade, grupo social e opiniões políticas.

Bem por isso, o ACNUR afirma que não seria possível estender o conceito para abranger os refugiados ambientais no âmbito do direito dos refugiados. Primeiro, porque nem sempre o desastre é causa antrópica, ou seja, terá um agente perseguidor – porque derivará de causas naturais, como um terremoto, furacão, etc- e, mesmo que o seja, a motivação ambiental não será vinculada à

⁸ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) foi criado em 1950, com a finalidade de “proteger e buscar soluções para a temática dos refugiados”, devendo empenhar-se para que qualquer pessoa, independentemente de suas condições raciais, sexuais, religiosas, políticas ou nacionais, recebesse o direito ao refúgio (BUENO, 2012, p. 4.).

⁹ Cabe uma ressalva nesse ponto, no sentido de que a ACNUR, originariamente, não tinha a função de zelar pelos deslocados internos. No entanto, há muitos anos presta tal atividade, principalmente com a supervisão das necessidades de proteção e abrigo e coordenando a gerência de campos (SANTOS, 2016, p. 88).

raça, religião, nacionalidade, grupo social e opiniões políticas. Uma terceira razão, seria que muitas vezes o desastre ambiental gera mais deslocados internos do que externos, de modo a não necessitar de amparo jurídico internacional (CLARO, 2015, p. 72).

Como se vê, muito embora se alerte para as consequências dos desastres ambientais sobre a migração, no sentido de que até 2050 poderá estar entre 250 milhões a 1 bilhão de pessoas¹⁰, tanto o ACNUR, como muitos países desenvolvidos tendem a não amparar os “refugiados ambientais” dentro do Direito Internacional dos Refugiados, cumprindo notar já haver muita resistência nestes Estados para amparar os refugiados convencionais, havendo neles uma política contrária à imigração (SILVA and REI, 2013, p.113).

2. JUSTIFICANDO O USO DO TERMO “REFUGIADO AMBIENTAIS”

Como se viu, a ONU e muitos Estados sustentam a impossibilidade de se sustentar a existência de “refugiados ambientais”, na medida em que tal termo não consta na Convenção de 1951 e, sequer, no Protocolo de 1967, não sendo possível ampliar o conceito e o rol dos protegidos por estas.

Bem por isso, há no cenário jurídico uma série de nomenclaturas para designar aquele que resta deslocado em razão de causas ambientais, sejam elas decorrentes de ação antrópica ou natural, tais como: migrante ambiental, migrante ambiental forçado, eco-migrante, deslocados ambientais, refugiados ecológicos, eco-evacuados, entre outros (KIBREAB, 1997, s.p).

A OIM (*Internacional Organization for Migration*), por exemplo, adota o termo migrante ambiental, dividindo-os em motivados e forçados, por entender que estes são pessoas que são obrigadas a se deslocarem em razão de repentinas ou progressivas alterações do meio ambiente, que acabam por afetar suas vidas (OIM, 2007). Por sua vez, o ACNUR utiliza o termo deslocados ambientais, sob a justificativa de que seria maior o número de refugiados internos do que extraterritoriais (CLARO, 2013, p. 101).

Acerca da locução “migrante ambiental” ou “deslocados ambientais” há diversos questionamentos na doutrina, por se sustentar que o termo não demonstra a urgência, a involuntariedade e vulnerabilidade daquele que se desloca em razão de causas ambientais (SILVA, 2011, p. 10).

¹⁰ Esses são dados da OIM, que embora traga um intervalo elástico, considera contínuos os índices de aumento da poluição, aquecimento global, entre outros; bem como leva em consideração que os desastres ambientais, decorrentes de tsunamis, terremotos, inundações são incertos, da mesma forma que a adoção de medidas para lidar com os mesmos. “OIM – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Migration, Environment and Climate Change: assessing the evidence*. Geneva: OIM, 2009, pp. 05

Em que pese haja esse cenário de incerteza quanto à correta locução a ser utilizada, este artigo trabalhará com a expressão ‘refugiados ambientais’, ainda que alguns doutrinadores sustentem que esta “despolitiza e enfraquece a proteção dos ‘verdadeiros’ refugiados” (SILVA and REI, 2013, p. 107) ou que tem conotação pejorativa (GEMENNE, 2010, p.36).

Isso porque, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 não são taxativos quanto a quem pode ser considerado refugiado, tanto o é, que foi possível a ampliação regional da previsão destes diplomas, como pela Convenção da Liga Árabe, de Cartagena ou de Kampala. (CLARO, 2015, p. 71-73). Aliás, é entendido que a lei internacional estabeleceu parâmetros mínimos, cabendo a cada Estado decidir se o caso seria de um refugiado ou não (BALL, 2009, p. 75).

Ademais, a definição internacional de refugiado sequer poderia se cogitar exaustiva, considerando que o conceito foi formulado na Convenção de 1951 pensando-se em atender pretensões europeias após a Segunda Guerra Mundial e, já com a abertura temporal e geográfica, fica patente que não teve por objeto abranger todos os casos de refúgio, embora apenas os nela previsto gozem de proteção pelo Direito Internacional dos Refugiados (RAIOL, 2010, p. 159-161).

Então, seria correto se falar em ‘refugiados ambientais, salientando que sua definição se vincula a de refugiados não convencionais. Ou seja, partindo da etimologia da palavra refugiado, como aquele que demanda refúgio, abrigo, proteção, seria possível conceituar os refugiados ambientais como tais, ainda que não protegidos pelas supracitadas normas internacionais (CLARO, 2016, p.74-75).

Cabe ainda, dizer o que se entende por ‘refugiados ambientais’ para fins deste artigo. Ora, o termo é usado desde 1970, quando foi cunhada pelo Lester Brown, sendo adotada por outros doutrinadores, como El-Hinnawi, que inclusive utilizou o termo para o Programa das Nações Para o Meio Ambiente (PNMA). Para eles, refugiados ambientais seriam as pessoas que passam a viver em condições adversas, em razão de alterações ambientais de qualquer tipo – biológica, física, química, etc. Tal definição é muito contestada, porque por ser deveras ampla, permitiria que se tornassem refugiados aqueles que se deslocam de uma cidade poluída (SILVA and REI, 2013, p. 107).

Ainda, cabe ponderar que os refugiados ambientais ostentam uma situação de patente vulnerabilidade, muitas vezes, mais grave se comparada ao refugiado convencional. Ora, como negar refúgio a quem teve sua cidade ou país destruído por um tsunami, furação, terremoto ou inundação? Como não reconhecer as necessidades de um grupo de pessoas que, de uma hora para outra, ficam sem casas, roupas, emprego e são verdadeiras sobreviventes de uma calamidade? (ISLAM, 1992, p. 6-7).

Tendo em isso em mente, aqui se adotará a concepção de que são os designados ‘refugiados ambientais’ são refugiados não convencionais, obrigados

a migrar temporária ou permanentemente de suas residências habituais por estarem em situação de vulnerabilidade, em razão de efeitos ambientais, de causas naturais ou antropogênicas, com início lento ou progressivo. Logo, são abrangidos pelo conceito tanto os refugiados obrigados a se deslocar em razão de catástrofes, como de condições climáticas (CLARO, 2015, p. iv).

Assim, para que alguém seja caracterizado por refugiado ambiental, deve ser dotado das seguintes características: a) migrante forçado, b) interno ou extraterritorial; c) temporário ou permanente; d) situação de vulnerabilidade (CLARO, 2015, p. 85). Cabe frisar que o critério de ser interno ou extraterritorial é o que colabora para que os Estados não queiram aceitar o termo refugiado, sob alegação de que um dos requisitos para a existência do refúgio é a extraterritorialidade.

Não se desconsidera que há autores que sustentam que o importante é tutelar os refugiados ambientais, sendo inútil tentar conceituá-los ou acrescentar a expressão “ambientais”, na medida em que isto apenas torna sua proteção mais difícil, por não ser prevista em um instrumento legal, podendo gerar dúvidas quanto à responsabilidade internacional e de assistência humanitária (RAIOL, 2010, p.208-209).

A despeito disso, parte-se do pressuposto de que as controvérsias acerca da terminologia são importantes, na medida em que colaboram para a manutenção de um *status quo* de violação dos direitos humanos e acentuam as dificuldades de oferecer um adequado tratamento para tais pessoas, motivo pelo qual se teceu comentários acerca da controvérsia, bem como se explicou a opção pela terminologia ‘refugiados ambientais’.

3. REFUGIADOS AMBIENTAIS: PROTEÇÃO E LIMITES

Ainda que existam dúvidas quanto à nomenclatura utilizada e, por isso, dificuldades de se estabelecer a correta forma de proteção dos refugiados ambientais, é certo que eles merecem ter direitos. Ora, tais pessoas estão em situação de vulnerabilidade ambiental, que as priva do gozo de seus direitos mais básicos por um evento ambiental grave que as obriga a se deslocar.

Desse modo, ainda que os refugiados ambientais não encontrem proteção no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, são protegidos por outras vertentes dos Direitos Humanos, como o Direito Internacional dos Direitos Humanos e os princípios do Direito Internacional Humanitário, ainda que indiretamente. Além disso, encontram proteção nas normas internas de alguns Estados.

Este tópico será dedicado a demonstrar como os refugiados ambientais são protegidos, pois apenas com base neste conhecimento prévio poderá se questionar se a proteção é adequada às necessidades destes, bem como aos pilares dos Direitos Humanos.

3.1. DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

No âmbito do direito internacional, os refugiados ambientais são protegidos pela Declaração dos Direitos Humanos (1948), que prevê o princípio da humanidade – ter a vida e integridade protegidos- e outros instrumentos, ainda que de forma tangencial e no que for compatível, como: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Programa de Ação de Viena (1993), Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (1990), Convenção de Aarhus (1998), entre outros (FALCÃO, 2015, p. 18).

Os refugiados ambientais encontram proteção por meio de normas, princípios e costumes gerais do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), isso porque não existe uma proteção específica ou um sistema de monitoramento constituído para tal finalidade. Sobre o DIDH, é importante notar que ele é uma das vertentes dos Direitos Humanos, que limita a soberania dos Estados para jurisdicionar seus nacionais ou estrangeiros, ao determinar que estes atuem com responsabilidade e respeito aos princípios universalmente reconhecidos. Este ramo é o que oferece maiores recursos para a proteção dos refugiados ambientais, considerando que são tanto aplicáveis à Declaração dos Direitos Humanos no tocante às migrações interna e internacionais, referentes ao direito de pedir asilo, refúgio, como às relativas ao direito de proteção dos direitos humanos dos migrantes (CLARO, 2015, p. 93).

No âmbito do Direito Internacional Humanitário (DIH), a assistência humanitária é aplicável aos refugiados ambientais, ainda que não haja uma regra específica determinando o tratamento, considerando que é voltado para as situações de guerra. Tal aplicação deriva da incidência do princípio da solidariedade (CLARO, 2015, p. 167).

O princípio da solidariedade implica no rompimento de um paradigma centrado no sujeito enquanto indivíduo. Por meio dele, entra-se em uma dimensão de direitos que busca tanto a efetividade dos direitos, inclusive voltados ao planejamento e à sustentabilidade ambiental, o que passa a ser função da coletividade, como pessoas jurídicas privadas, como do próprio Estado (CASTRALLI; SILVEIRA, 2014, p. 5).

Ainda que o Direito Internacional Refugiado (DIR) não contemple a categoria dos refugiados ambientais, considerando que não sofre uma perseguição subjetiva e não está inserida no rol da Convenção de 1951 e Protocolo de 1967 (DONOSO, 2015, p.91), ela seria protegida pelo princípio do *non refoulement*, o qual seria norma prevista em diversos tratados internacionais,

assim como de caráter de *jus cogens*¹¹, em razão da responsabilidade de proteger (SILVA, 2015, p. 124-130).

Ainda, os refugiados encontram uma certa forma de proteção por meio dos tratados envolvendo matéria de Direito Ambiental, na medida em que são protegidos em razão dos princípios da precaução, de responsabilidade comum, porém diferenciada, dignidade humana e cooperação (FALCÃO, 2015, p. 22).

A responsabilidade comum, mas diferenciada, por exemplo, derivaria do artigo 3º da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática adotada em 1992, sendo caracterizada por reconhecer a responsabilidade de todos os Estados pelo efeito estufa, mas considerando que os países com maior nível de desenvolvimento poluem mais por meio de suas indústrias, estes seriam em alguma medida mais responsáveis (LIMA, 2008, p. 16)

No plano regional, os refugiados ambientais apenas encontram menção na “Convenção de Kampala, de 2009¹², no âmbito da União Africana; e na Convenção da Liga Árabe sobre Regulação da Condição de Refugiados, embora esta não esteja vigente no plano jurídico” (CLARO, 2016).

Já no âmbito do direito interno, alguns países como Argentina, Bolívia, Costa Rica, Cuba, Finlândia e Suécia preveem uma forma de proteção dos refugiados ambientais indireta, enquanto a Bolívia e Cuba expressamente os protejam (CLARO, 2016).

3.2. FALHAS NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

A primeira falha na proteção dos refugiados ambientais é que seu amparo jurídico é apresentado, na maioria dos países, por meio de princípios, os quais constituem *soft law*, não tendo caráter vinculante, no sentido de obrigar os Estados a cumprir as determinações (DANOSO, 2015, p. 99). Bem por isso, frequentemente os Estados deixam de zelar pelos direitos dos refugiados ambientais.

A segunda falha, é que falta reconhecimento internacional dos refugiados ambientais como refugiados, o que coopera para que estes muitas vezes sejam caracterizados como migrantes indocumentados, que muitas vezes acabem em centros de detenções, onde ficam “empilhados em alojamento, sem moradia digna, (...) aviltados e perdidos espacialmente”¹³ (RAIOL, 2010, p.19); ou mi-

¹¹ Norma *jus cogens* “é um corpo de princípios imperativos de direito internacional que são universais e não derogáveis. [...] representa as normas fundamentais do direito internacional que se aplicam a todos os Estados, independentemente de vontade ou consentimento” (FINKELSTEIN, 2013, p. 199 apud SILVA, 2015, p. 131).

¹² O sistema regional de proteção africano, capaz de fiscalizar e acompanhar a promoção e o respeito aos direitos fundamentais, só entrou em vigor em 21 de outubro de 1986, quando a Carta de Direitos Humanos e dos Povos entrou em vigor (RAIOL, 2010, p. 188).

¹³ No dia 26/08/2001, o Centro de Coordenação e Busca e Salvamento da Austrália auxiliou um barco indonésio com 460 refugiados afegãos a bordo, mas impediu a entrada destes no seu território, de

grantes econômicos, que apenas estão buscando melhores condições de vida, de forma que não recebem um tratamento adequado como de alguém que já venceu uma batalha para estar vivo e outra para ter coragem de buscar viver dignamente em um mundo de fronteiras globais (BAUMAN, 2005, p.96). Nesse sentido:

Esses “novos refugiados” não têm um *status* jurídico definido. E essa pode ser uma das razões porque nenhuma ajuda é conferida a eles após o fechamento dos acampamentos. Legalmente eles não existem, são apenas migrantes. Mas eles são na verdade refugiados, como qualquer outros (SILVA, 2011, p. 11).

A terceira falha, é que não existe uma autoridade ou órgão internacional a quem todos os refugiados ambientais possam recorrer para tornarem efetivos seus direitos. Para fins de exemplificação, cita-se o caso dos Inuits. Em 2005, o Conselho Circumpolar Inuit ajuizou uma ação perante a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos visando condenar os Estados Unidos em razão da elevada emissão de gases estufa, o que contribuiu para o derretimento das calotas polares, assim como alterações e diminuição do seu *habitat*. Ainda que a Corte não tivesse viés vinculativo, os Inuits acreditavam que uma decisão em caráter procedente poderia facilitar vitórias no âmbito jurídico dos EUA. De qualquer forma, a Corte julgou pelo não cabimento do pedido, por haver dúvidas quanto aos efeitos dos gases estufa para o aumento da temperatura mundial (RAIOL, 2010, p. 191-196).

Não fosse isso, muitas vezes a questão do refúgio é judicializada perante o próprio Estado no qual se requer o refúgio, considerando que a lei internacional fornece parâmetros mínimos, mas cabe ao estado decidir quem de fato é ou não refugiado. Cumpre notar que a possibilidade de controle judicial no ato de concessão do refúgio é permitida até no Brasil, onde o STF se manifesta pela presença ou não dos requisitos para sua concessão (STF, Ext 1085, 2008).

Acerca da judicialização, um caso ocorrido na Austrália demonstra a falibilidade do sistema de proteção. Ora, um recorrente nascido no Kiribati¹⁴ solicitou refúgio na Austrália¹⁵, sob alegação de que com a elevação do nível do

forma que os refugiados foram encaminhados para ilhas do pacífico como Nauru e Manus, que funcionariam como centros de detenção, que funcionam para a finalidade de intimidação e deportação (RAIOL, 2010, p. 186).

¹⁴ “A República Independente do Kiribati (Quiribáti) é um país pertencente à Micronésia e à Polinésia; e compreende alguns arquipélagos que se constituem em um conjunto de trinta e três atóis de coral, agrupados em três grupos de ilhas. A República tem uma área de 811km² e apresenta uma população de, aproximadamente, 105.000 habitantes” (GRUBBA, MAFRICA, 2015, p. 210)

¹⁵ AUSTRÁLIA. Decisin Record-RRT Case Number 097346, DIAC Reference CFL 2009/67286. Sydney, decision of 10 december 2009. Disponível em: <http://www.refworld.org/pdfid/48fdd952.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2017.

mar, houve salinização da água doce, considerando que grande parte do país estaria a apenas 2 (dois) metros acima do nível do mar, o que teria destruído a agricultura e os elementos básicos da dieta daquela nação. Ainda, salientou que o país deverá ficar submerso até 2050, de forma que a Austrália o deveria acolher, principalmente, por ser uma nação economicamente desenvolvida e emissora de gases estufa. Contudo, o Judiciário australiano entendeu que o caso não seria albergado pela Convenção de 1951 ou Protocolo de 1967, salientando que ainda não haveria o dever de receber refugiados por emitir efeitos estufa (CLARO, 2015, p. 51-55).

A quarta falha, refere-se ao fato de que se cria um cenário em que apenas alguns países aceitam lidar com os custos dos refugiados ambientais, ainda que não os configurando como tais. Pode-se ilustrar tal falha por meio do caso dos haitianos. Ora, muito embora o Brasil não os tenha reconhecido como refugiados, expediu visto humanitário por meio da Resolução Normativa nº 97 de 2012, dando possibilidade deste grupo ser amparado e protegido pelos mecanismos institucionais brasileiros. Todavia, quando os haitianos tentaram migrar para outros países, tendo em vista a crise econômica brasileira e a dificuldade de serem inseridos, foram ameaçados de devolução ao Brasil, ainda que tenham conseguido ingressar no novo país de destino¹⁶.

4. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A doutrina já aponta algumas soluções para a falibilidade da tutela jurídica aos refugiados ambientais, sendo que neste artigo se apontará algumas delas, as quais se consideram mais viáveis quanto à possibilidade de efetivar o direito destes.

Inicialmente, seria recomendável que se reconhecesse em âmbito internacional a situação de necessidade de amparo dos refugiados ambientais de forma expressa, o que tornaria a necessidade de ampará-los, no mínimo, *soft law*. Juntamente com tal reconhecimento, deve-se estipular princípios próprios a serem aplicados à matéria, exterminando dúvidas e eventuais controvérsias no ponto (DONOSO, 2015, p.99).

Apregoa-se a necessidade de criar um sistema jurídico internacional de proteção específica aos refugiados ambientais, o que poderia ser concretizado pela reformulação dos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967; pela previsão de uma Convenção Ambiental que fosse capaz de albergar o tema dos refugiados ambientais ou mesmo a criação de um tratado novo, que

¹⁶ FOLHA DE SÃO PAULO, 1 de novembro de 2016. EUA querem que Brasil receba de volta haitianos que deixam o país. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1828453-eua-que-rem-que-brasil-receba-de-volta-haitianos-que-deixaram-o-pais.shtml>. Acesso em 20 de julho de 2017.

independentemente da nomeação, buscasse tornar vinculativa as normas de proteção do refugiado ambiental (CLARO, 2015, p. 213).

Muitos dos tratados só encontram efetividade quando são alvo de um sistema de controle e fiscalização, de forma que deveriam se buscar meios para implantar tais sistemas para além do nível regional, o que daria a possibilidade de que todos refugiados tivessem a quem recorrer quando recebessem um tratamento inadequado

Esse passo poderia ser importante, seja no reconhecimento da necessidade de proteção dos refugiados ambientais, seja porque com a adesão dos Estados aos tratados, o respeito aos direitos dos deslocados em razão de alterações do ambiente seria vinculada, não podendo os países se escusarem de ampararem pessoas que se encontram em situação tão vulnerável (ISLAM, 1992, p. 7-8).

Por fim, é importante que haja mecanismos de não apenas amparar tais refugiados, como de se buscar diminuir a ocorrência de danos ambientais, em clara aplicação do princípio da responsabilidade compartilhada, mas diversa. Isso porque, não basta apenas zelar pelos refugiados ambientais, como também evitar que assim se tornem (DONOSO, 2015, p. 100).

CONCLUSÃO

Embora os Direitos Humanos amparem os refugiados por meio do Direito Internacional dos Refugiados, tal estrutura apenas contempla aos refugiados ambientais de forma indireta. Isto é, o ACNUR e os Estados não reconhecem a categoria dos deslocados por razões ambientais como refugiados, de forma que apenas alguns princípios desta estrutura são aplicáveis em sua proteção.

Bem por isso, os refugiados ambientais são tutelados por meio de alguns princípios dos Direitos Humanos; normas de *soft law*; algumas convenções do âmbito regional e; poucas legislações nacionais. Isso indica que, ainda que pareça que a maior parte dos países desenvolvidos não tenha a pretensão de criar mecanismos para a proteção dos refugiados ambientais, cada dia mais estes passam a ser visualizados como detentores do direito de proteção especial, frente ao estado de vulnerabilidade em que se encontram.

Ainda que haja uma certa proteção aos refugiados ambientais, esta não é suficiente por 4 (quatro razões): a) por serem amparados por normas que, em sua maioria, constituem *soft law*, frequentemente os direitos dos refugiados ambientais são desrespeitados; b) por não haver um reconhecimento da categoria de refugiados ambientais, fazendo que muitos sejam tidos por meros migrantes; c) por não haver órgão fiscalizador e controlador internacional e de âmbito global, no sentido de verificar se os Estados estariam respeitando aos direitos humanos, de forma que as demandas são propostas junto ao sistema regional e, na falta, perante a jurisdição interna, que muitas vezes não se atrela

àqueles direitos; e d) por poucos países arcarem com os custos do amparo aos refugiados, o que sobrecarrega sobremaneira àqueles que pretendem seguir aos preceitos humanitários, que podem se ver responsáveis por arcar com uma carga de refugiados sequer compatível com a poluição ou danos por ele gerados.

Justamente por isso, a doutrina costuma oferecer algumas soluções, na finalidade de garantir efetividade na tutela dos refugiados ambientais, como a elaboração de um tratado específico para tratar dos refugiados ambientais, a implantação de um sistema de controle, a positivação de princípios que amparam a categoria como *jus cogens*, bem como a busca para a consciência mundial, visando a adoção de práticas que evitem a ocorrência de desastres ambientais.

Desse modo, tendo em vista que muitos já apontam que os refugiados ambientais já correspondem a maioria dos deslocados do mundo, bem como que tais pessoas são verdadeiras sobreviventes a desastres ambientais, nada mais justo do que receberem um tratamento condizente com a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ACNUR, Agência da ONU para refugiados. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Disponível em < http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1 > Acessado em: 17 de julho de 2017.

_____. Declaração de Cartagena de 1984. Disponível em: Acessado em: 17 de julho de 2017.

_____. Tendências sobre refugiados e outras populações de interesse do ACNUR. Disponível em: < <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/> >. Acessado em 17 de julho de 2017.

AUSTRALIA. Decisin Record-RRT Case Number 097346, DIAC Reference CFL 2009/67286. Sydney, decision of 10 december 2009. Disponível em: <http://www.refworld.org/pdfid/48fd952.pdf> >. Acesso em 20 de julho de 2017.

BALL, Olivia and GREASY, Paul. **The no-nonsense guide to human rights**. New Internationalist, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução de Carlos Albero Medeiros. Jorge Zahar Ed.: Rio de Janeiro, 2005.

BIMBATTI, Jéssica Mayara. **Campo de Refugiados**: uma análise sobre o fechamento do complexo de DADDAB, 2016, 55 f. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46387/121.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. EXT. 1085. Plenário. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Min. Rel. Cesar Peluso. Brasília, 16 dezembro 2009. DJe-067, p. 290-296. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771518/extradicao-ext-1085-stf> >. Acesso em 20 de julho de 2017.

BUENO, Claudia da Silva. **Refugiados ambientais**: em busca do amparo jurídico efetivo. PUC-RS, 2012, 31 f. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/claudia_bueno.pdf >. Acesso em 19 de julho de 2017.

CASTRALLI, Renata Barbosa; SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **OS REFUGIADOS AMBIENTAIS HAITIANOS E O VALOR DA SOLIDARIEDADE**. Proposta de uma (re)leitura da função solidária, em face do processo dinâmogênico, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=770bb6554eb438d0>

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A proteção dos “refugiados ambientais” no Direito Internacional**. Tese (doutorado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2015, 327 f.

_____. A Proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional. REMHU, **Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, v. 24, n. 47, p. 215-218, Aug. 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852016000200215&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de julho de 2017.

_____. O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos “refugiados ambientais”. *Cosmopolitan Law Journal / Revista de Direito Cosmopolita*, Local de publicação, 1, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/5760/6413>>. Acesso em: 11 Ago. 2017.

DONOSO, Gabriela Alejandra Silva. *Los refugiados ambientales y la necesidad de un nuevo modelo de protección jurídica internacional*. Tese (doutorado). Facultad de Derecho da Universidad do Chile: Santiago, 2015, 115f.

FALCÃO, Ketty Filizola Pineda. *Refugiados Ambientais: a necessidade de reconhecimento legal e proteção na ordem jurídica internacional*, 2015. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12598/1/PDF%20-%20Ketty%20Filizola%20Pineda%20Falc%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2017.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; DIAS, Amanda Baptista; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. *A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DAS PESSOAS AMBIENTALMENTE DESLOCADAS*. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista046/A_NECESSARIA_REGULAMENTACAO_INTERNACIONAL.pdf>. Acesso em 19 de julho de 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO, 1 de novembro de 2016. EUA querem que Brasil receba de volta haitianos que deixam o país. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1828453-eua-querem-que-brasil-receba-de-volta-haitianos-que-deixaram-o-pais.shtml>>. Acesso em 20 de julho de 2017.

GEMENNE, François. What’s in a name: social vulnerability and the refugee controversy in the wake of Hurricane Katrina. In: AFIFI, Tamer; JÄGER, Jill (Eds.). *Environment, Forced Migration and Social Vulnerability*. Heidelberg: Springer, 2010, pp. 29-40.

GRUBBA, Leilane Serratine; MAFRICA, Chiara Antonia Sofia. A proteção internacional aos refugiados ambientais a partir do caso kiribati. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n.24, p.207-226, Julho/Dezembro de 2015

JESUS, Thiago Scheneider de. *Um novo desafio ao direito: deslocados/migrantes ambientais*. Reconhecimento, Proteção e Solidariedade, 2009, 128 f. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp117838.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2017.

KIBREAB, Gaim. *Environmental causes and impact of refugee movements: a critique of the current debate*. 1997. Disponível em: <http://graduateinstitute.ch/webdav/site/political_science/shared/political_science/9957/Kibreb%201997.pdf>.

LIMA, Tatiane Cardozo Lima. *O Princípio Das Responsabilidades Comuns Mas Diferenciadas No Direito Internacional Ambiental*, 2008. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaelettronica/volume4/arquivos_pdf/sumario/art_v4_VI.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2017.

INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION- OIM, Discussion Note: Migration and Environment. MC/NF/288, 94th, session, 1 Novembro de 1997.

ISLAM, Muinul. *Natural Calamities and Environmental Refugees in Bangladesh*. *Refuge*, Vol. 12, Nº. 1 Junho, 1992. Disponível em: <<https://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/viewFile/17278/16078>>. Acesso em 17 de julho de 2017.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; PINHEIRO, Thaís Kerly. O status do imigrante haitiano no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do Pós-Estruturalismo. *Revista Perspectivas do Desenvolvimento* Um enfoque multidimensional, 2013, Nº 1, 1ª Edição. p. 107-126. Disponível em: [file:///C:/Users/carol/Downloads/9837-31821-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/carol/Downloads/9837-31821-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 19 de julho de 2017.

PENTINAT, Susana Borrás. Refugiados Ambientales: El Nuevo Desafío Del Derecho Internacional Del Medio Ambiente. *Rev. derecho (Valdivia)*, Valdivia, v. 19, n. 2, p. 85-108, dic. 2006. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso Acesso em 17 de julho de 2017.

PITA, Agni Castro. Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados. In: GEDIEL, José Antônio Peres. GODOY, Gabriel Gualano (orgs.). *Refúgio e Hospitalidade*. Prefácio. Curitiba: Kairós Edições, 2016.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*, Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

RAMOS, Érica Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento jurídico pelo direito internacional*, Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2011, 150f.

SANTOS, Gabriel Antonio Cremer, **A funcionalidade do sistema jurídico de proteção aos refugiados na experiência brasileira**: Desafios e Perspectivas, 2016, 99f. Disponível em: < <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45860/19.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 17 de julho de 2017.

SILVA, Camilla Rodrigues Braz. **A questão dos refugiados ambientais**: um novo desafio para o direito internacional, 2011. Disponível em:< <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%A3o-dos-refugiados-ambientais-um-novo-desafio-para-o-direito-internacional>>. Acesso em 17 de julho de 2017

SILVA, Joana de Angelis Galdino. **O direito a não devolução e o reconhecimento do *non-refoulement* como norma *jus cogens*.**, Dissertação (mestrado), Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2015, 176 f.

CAPÍTULO 13

OS CONTORNOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE

*Isabela Murta de Ávila
Ricardo José Leite de Sousa*

RESUMO: O presente estudo almeja, ao passar pela análise da autonomia da vontade individual e coletiva de forma geral, e especificamente no âmbito das relações de trabalho, compreender os limites impostos pela assimetria que é inerente a este tipo de relação contratual. Diante disso, dialoga-se, neste artigo, com as teorias civilistas da autonomia da vontade coletiva, afim de demonstrar seu distanciamento das relações de trabalho, que reclamam uma aceção própria de limites para a autonomia da vontade, de forma a corrigir o desequilíbrio típico entre os atores da relação de trabalho. O presente trabalho se perfaz segundo a metodologia da pesquisa qualitativa e análise de conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da vontade. Autonomia coletiva da vontade. Relação de Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Para o propósito do presente estudo, mister se faz analisar os limites impostos à autonomia da vontade, individual e coletiva, no âmbito da relação de emprego.

Consagrada no caput do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, a liberdade tem status de direito fundamental, integrando o mínimo existencial garantido a todo cidadão.

Neste diapasão, o ordenamento jurídico, como posto, fomenta a concretização da liberdade humana, inclusive em sua faceta que se realiza diante da autonomia privada da vontade, em que a liberdade negocial das partes conduz à regulamentação de boa parte das relações sociais.

No entanto, há que se indagar de que forma é possível compatibilizar a autonomia da vontade com os com relações jurídicas que demandam uma tutela protetiva, como é o caso da relação de trabalho.

Na seara das relações cíveis, a autonomia privada revela-se de forma abrangente, partindo-se de uma entre os paridade dos sujeitos que desejam negociar e contratar.

No campo das relações de trabalho, o mesmo não pode ocorrer.

Assim, objetiva-se com o presente estudo a análise da autonomia da vontade, individual e coletiva, no âmbito das relações de trabalho e os limites que a ela devem ser impostas, de forma a preservar-se a essência do núcleo obrigacional, concedendo-se tanto a tutela protetiva a parte hipossuficiente (trabalhador), quanto o incentivo à livre iniciativa da parte autossuficiente (empregador).

Quanto às técnicas de pesquisa, faz-se a opção pela documentação indireta, qual seja, revisão de literatura, empregada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, balizada pela interpretação de textos referentes aos institutos relacionados à análise proposta.

2. AUTONOMIA DA VONTADE

O Direito contemporâneo, mais precisamente sua prerrogativa racional, coloca a teoria e dogmática jurídicas diante de uma difícil tarefa a ser cumprida: a de garantir a racionalidade da legislação e da aplicação jurídica. Logo, teoria e dogmática seriam como construções que evocam de forma caricata e dúbia a imagem do arquiteto jurídico na mesa de desenho, sobre a qual são projetados modelos, sistemas conceituais e métodos.¹ A expressão pela linguagem dos fatos da vida, naturais ou culturais, é sempre imperfeita e limitada. A primeira dificuldade está na formalização da própria linguagem em si, que se serve de signos verbais para veicular o pensamento. Depois, segue-se a segunda formalização, que é a linguagem normativa, como expressão dos fatos. Finalmente, a terceira, que consiste nas dificuldades que a aplicação da lei suscita: correspondem as palavras – signo verbal – à realidade do fato concreto?

Ulrich Klug indica que os conceitos gerais utilizados na linguagem jurídica são os que trazem mais dificuldade de interpretação. Afinal de contas, o que significam boa-fé, bons costumes, *bônus pater familias*, dignidade humana?²

Como salienta Miguel Reale, considerando que “toda especulação filosófica é necessariamente crítica, e que criticar implica valorar, apreciar algo sob o prisma de valor, chegaremos à conclusão de que neste sentido especial ou a essa luz, a Filosofia é Axiologia”³.

A teoria do Direito é compreendida por doutrinadores que entendem que autonomia da vontade e autonomia privada são estágios de evolução social, fazendo apenas a distinção com relação ao conceito historicamente definido.

De acordo com Kelsen, as partes fazem uso das normas gerais, que são responsáveis por tornar as transações jurídicas uma realidade. Ao firmarem tais transações, elas aplicam essas normas jurídicas gerais. Assim:

¹ FRANKENBERG, Günter. *A gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 257.

² KLUG, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Bogotá: Themis, 1988. p. 219.

³ REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 27.

Ao dar aos indivíduos a possibilidade de regular sua conduta recíproca através de transações jurídicas, a ordem jurídica garante aos indivíduos certa autonomia jurídica. É nesta função criadora de Direito da transação jurídica que se manifesta a chamada “autonomia privada” das partes. Por meio de uma transação jurídica são criadas normas individuais, às vezes, até mesmo gerais, que regulam a conduta recíproca das partes.⁴

A autonomia privada garante uma amplitude cada vez maior de participação da vontade na formação do negócio jurídico, maneira cada vez mais usual de declaração da vontade para constituir obrigações. Assim, no Brasil, o contexto axiológico no qual se insere a norma codificada, principalmente a partir da Constituição da República de 1988, altera, de forma radical, o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada.⁵

Conforme salienta Luigi Ferri, “*il fenomeno dell'autonomia privata è visto sotto il profilo di limitazione o autolimitazione dell'ordinamento statale, che lascia degli spazi in cui possa inserirsi l'attività normativa dei privati*”⁶.

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos, incidindo no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para autorregulação das relações privadas. É, portanto, um dos princípios basilares do direito privado e, segundo Luiz Edson Fachin, pode ser considerada “a pedra angular do sistema civilístico”⁷.

Neste contexto, o estranhamento dos atores do mundo do trabalho trouxe para a centralidade das discussões filosóficas e jurídicas a autonomia da vontade, e no seguimento lógico se destaca Luigi Ferri, conceituando-a como um poder derivado, que constitui, sem dúvida, uma atividade que encontra sua fonte de validade nas normas estatais. O Estado determina negativamente o conteúdo das normas extraestatais, ao subtrair à autonomia dos particulares certas matérias que reserva para sua própria atividade normativa.⁸

É fundamental para a correta apreciação do conceito e significado da autonomia privada, avaliar a sua relação com as ideias de bem ou interesse particular. “Rousseau observa que sua reconstrução dos princípios do direito

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Brasília: Martins Fontes, 1990. p. 141.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 89.

⁶ Tradução livre: “O fenômeno da autonomia privada é visto sob a ótica da limitação ou autolimitação do ordenamento jurídico, deixando espaço para negociação em que possa ser inserida a atividade normativa privada” (FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 7)

⁷ FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornament” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁸ FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 3-9.

político promove a união entre interesse e justiça, entre aquilo que é vantajoso para o indivíduo e aquilo que é mais justo para a comunidade.”⁹

Dessa forma:

Para o indivíduo, por conseguinte, deve sempre ser possível enxergar no interesse comum o seu próprio interesse – seja acreditando que o interesse comum é um agregado de que seu próprio interesse particular é um ingrediente (nesse caso, seu interesse particular é, em algum sentido, uma parte do interesse comum), seja considerando que o interesse comum sempre foi parte de seu próprio interesse particular (nesse outro caso, é o interesse comum que é visto como incluído no interesse particular).

Queremos sugerir que Rousseau está mais próximo da segunda alternativa, de modo que, para ele, a conformidade do geral e do particular não deve ser pensada nos moldes da agregação, mas, sim, no da interseção. Rousseau lembra que o interesse geral se compõe daquilo que é comum aos diversos interesses [...] Dito de outra maneira, o interesse geral, que não está separado dos interesses particulares, é, de fato, constituído a partir desses últimos -, todavia, isso não deve ser pensado no modo da agregação.¹⁰

A manifestação da vontade possui um caráter democrático e diretamente relacionado com a formação da estrutura normativa porque apresenta a finalidade de criar, modificar e extinguir as normas jurídicas no mundo globalizado, variado, pleno de negócios. Desse modo, o homem deixa de ser objeto apenas de declarações de direitos para se tornar uma realidade universal palpável jurídica e economicamente.

Importante destacar a atuação normativa dos particulares, por meio de suas organizações representativas, especialmente na esfera das relações coletivas de trabalho, em um ordenamento que se apresenta como um sistema de normas oriundas de uma pluralidade de fontes, estatais e não-estatais. Mas há também uma espécie de flexibilização do próprio ordenamento jurídico para permitir a formação de outros fatores para constituí-lo além da lei.

Assim, “os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado”¹¹. De modo que o direito fundamental à autonomia privada tem como base a compreensão do “ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si,

⁹ REIS, Cláudio Araújo. Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 33, n. 2, p. 11-34, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732010000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jan 2018.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 7-26, out.-dez. 1998.

e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros”¹².

O sujeito está na centralidade da sociedade contemporânea, razão pela qual o foco no indivíduo atrai uma responsabilidade para seu mundo. Ele depende de si, porque é esclarecido, partindo assim de certezas metafísicas. A filosofia consola o sujeito que perde seu mundo, quando percebe que nem tudo é teoricamente praticável e que esse mesmo mundo está apto a ser construído.¹³

A lei, como forma e instituição autônoma apta à razão, passa a ser a inscrição e a prescrição para o sujeito na contemporaneidade e na construção do mundo e de si mesmo. Por isso:

O pensamento clássico moderno entende o mundo como ideia e representação. O mundo torna-se imagem, ele existe por meio de um sujeito que crê e criá-lo, o mundo ao produzir sua real concepção conquistá-lo como imagem e conferir-lhe uma história. À medida que a auto-reflexão no trabalho construtivo ganha espaço, a relação do sujeito apresentado e do construtor para consigo mesmo torna-se fundamento das últimas certezas.¹⁴

Nesse sentido, ditam Eduardo Pires e Jorge Renato dos Reis que “não cabe ao Estado, à coletividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve trilhar, os valores que deve crer, as atitudes que deve tomar”¹⁵. Estabelece-se, assim, uma concessão do Estado para que as partes tenham liberdade ao exercer a sua autonomia privada.

Ao observar uma perspectiva ampla, Pires e Reis defendem que:

[...] a autonomia privada como direito fundamental outorga ao sujeito de direito a capacidade de determinar o seu próprio comportamento individual tanto, em aspectos vinculados à ideia de escolhas existenciais, como também, nos aspectos atinentes à celebração de contratos e demais negócios jurídicos de natureza patrimonial.¹⁶

¹² *Ibidem*.

¹³ Ideia de HABERMAS, Jürgen. *Der philosophische Diskurs der Moderne*. Zwölf Vorlesungen, Frankfurt am Main 1993 e HEIDEGGER, Martin. *Die Zeit des Weltbildes*. In: Holzwege, Frankfurt am Main 1972. p. 75 et seq..

¹⁴ FRANKENBERG, Günter. *A gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 263.

¹⁵ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12853180/autonomia-da-vontade-um-principio-fundamental-do-conpedi/3>>. Acesso em: 26jan 2018.

¹⁶ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12853180/autonomia-da-vontade-um-principio-fundamental-do-conpedi/3>>. Acesso em: 26jan2018.

Logo, “quando se trata de autonomia privada, verifica-se a existência de duas dimensões de seu conceito”¹⁷: uma ligada às liberdades existenciais, como as liberdades de comunicação, a liberdade de religião, a privacidade, a liberdade de associação, entre outras; e outra dimensão econômica/patrimonial, relativa aos negócios jurídicos e que se concretiza como liberdade contratual.¹⁸

Daniel Sarmiento ressalva que, muito embora a autonomia receba proteção constitucional em ambas as dimensões, esta tutela se dá de forma muito mais abrangente e intensa no que tange às escolhas existenciais da pessoa humana, do que no campo da sua vida econômica e patrimonial. Contudo, é a dimensão patrimonial, da liberdade contratual, a que mais importa para o presente trabalho.¹⁹

Assim, Wilson Steinmetz entende que, no âmbito do princípio da liberdade contratual como manifestação da autonomia privada, estão compreendidas: (i) as liberdades positiva e negativa de contratar, isto é, a liberdade de decidir contratar ou não; (ii) a liberdade de escolher o contratante; (iii) a liberdade de escolher o tipo de contrato, isto é, a liberdade de eleger um – segundo um juízo de adequação, funcionalidade ou conveniência e observada a disciplina legal – entre os contratos típicos e a liberdade de concluir contratos atípicos; e (iv) a liberdade de determinar o conteúdo e os efeitos do contrato.²⁰

Na esfera pátria, o instituto da autonomia da vontade em sua dimensão patrimonial encontra guarida constitucional, especialmente na cláusula que trata do princípio da livre iniciativa²¹ e na previsão do direito de propriedade²². “Essa tutela constitucional recebida pela autonomia da vontade ocorre inicialmente em decorrência da Constituição ter elegido a iniciativa privada como um dos elementos fundamentais, tanto da ordem econômica, quanto da própria República Federativa do Brasil”.²³

Contudo, analisando-se a autonomia da vontade no âmbito das relações de trabalho, considerações mais específicas são necessárias.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 192. *apud* PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. *op. cit.* p. 8.246.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 143.

²⁰ STEINMETZ, *apud op. cit.* p. 192.

²¹ Artigos 1º, IV, e 170, caput, da Constituição Federal de 1988.

²² Artigo 5º, caput e XXII, da Constituição Federal de 1988.

²³ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do Direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*. Fortaleza: 9, 10, 11 e 12 de junho de 2010. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fDPqasHATXwJ:150.162.138.7/documents/download/39%3Bjsessionid%3D2C8214C59107D7570B299FBF3DED57CE+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 26 jan 2018.

3. AUTONOMIA DA VONTADE E A RELAÇÃO DE TRABALHO

No âmbito do Direito do Trabalho, a questão da autonomia da vontade é de crucial relevância, especialmente no momento histórico vivenciado ante a incorporação da Lei 13.467/2017 no ordenamento jurídico brasileiro, com mudanças de custo social para o trabalhador brasileiro.

A nova normatização visa emprestar às relações de trabalho em âmbito nacional traços que parecem retirados na autonomia da vontade individual cunhada pelo Código Napoleônico.

Contudo, tipicamente o contrato de trabalho liga dois contratantes que se encontram historicamente em situações díspares, em relação à capacidade de negociar as condições contratuais.

Nesse sentido, valiosas são as lições de Bernard Edelman, que afirma que o homem “deve ser simultaneamente sujeito e objeto de direito. A estrutura da forma sujeito de direito analisa-se então como a decomposição mercantil do homem em sujeito/atributos”²⁴.

O autor clarifica seu raciocínio ao explicar que “[o] sujeito existe apenas a título de representante da mercadoria que ele possui, isto é, a título de representante de si próprio enquanto mercadoria”²⁵.

Ora, se tudo o que o sujeito tem são seus atributos, entendendo-se no caso da relação de trabalho o atributo como a própria força de trabalho, será possível uma pactuação entre empregado e empregador que guarde equilíbrio?

Para aprofundar a compreensão da matéria, valiosas são as lições do francês Michel Miaille, que desenvolveu uma análise crítica à introdução ao estudo de direito, revendo diversos dogmas e expondo uma perspectiva distinta para a teoria da vontade.

Citando o jurista Alex Weill, Miaille esclarece que²⁶:

O número das leis imperativas, de ordem pública, encontra-se em progressão, é um dos aspectos da luta entre as tendências liberais e sociais.

Proseguindo em sua explanação, Miaille²⁷ se socorre da obra de Jean Mazeaud para elucidar que a progressão das leis de cunho imperativo ocorre porque:

²⁴ EDELMAN, Bernard. O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra, Ed. Centelha, 1976, p. 94.

²⁵ Op. cit., p. 95

²⁶ WEILL, Alex. *Droit Civil*, t. 1, *Introduction, les personnes*, Coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1974 *apud* MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa, Editorial Estampa, 2005, p. 143

²⁷ MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, t. 1, Montchrestien, Paris, 1972 *apud* MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Editorial Estampa, 2005, p. 143

[...] em regime liberal, as regras imperativas de direito são raras (...) Mas a evolução do direito para o socialismo (sic) alargou consideravelmente o domínio da ordem pública, cujo papel é hoje primordial no contrato de trabalho, nos arrendamentos rurais e urbanos, mais genericamente em todas as matérias em que o Estado interveio para impor uma regulamentação e limitar os efeitos da vontade dos indivíduos.

Com tais premissas, o autor constrói seu raciocínio, chegando à conclusão de que o ordenamento jurídico, na ordem liberal, transforma os direitos subjectivos em verdadeiros poderes, que servem como meio de expressão da vontade²⁸:

Os direitos subjectivos são, com efeito, o conjunto de poderes que os indivíduos têm em relação a outras pessoas (direitos pessoais) ou a coisas (direitos reais). Aqui estamos completamente mergulhados no reino da vontade – é o termo que mais frequentemente surgirá.

Contudo, Mialle procura desconstruir a concepção de que os direitos teriam origem meramente na natureza ou na vontade.

De forma crítica, o autor desenvolve sua argumentação no sentido de que, na introdução ao estudo do Direito, espalha-se a crença de que os direitos são adquiridos por mera força da natureza ou pelo exercício da vontade, exercendo a lei um papel auxiliar e de apoio à implementação da vontade, em seu estado mais puro.

Entretanto, tal raciocínio ignora o fato de que a lei dispõe e organiza a própria transmissão da vontade²⁹.

²⁸ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Editorial Estampa, 2005, p. 143

²⁹ Cf. MIAILLE, Michel Op. cit., p. 144: “Assim, ou nós estamos perante um modo originário de aquisição dos direitos: ‘o direito não existia, ele nasce na pessoa de seu primeiro titular’ – é o caso mais frequente dos direitos extrapatrimoniais: o direito à honra, ao nome, à imagem, etc.–, ou então estamos perante um modo derivado, o anterior titular transmite ao actual um direito dado: ‘na venda, o vendedor transmite ao comprador o seu direito de propriedade sobre a coisa vendida’. Assim, no primeiro caso, é a natureza humana que é a fonte do meu direito; no segundo caso, é a minha vontade. Se tivéssemos o arrojo de as comparar às fontes do direito objectivo, ficaríamos esclarecidos: aqui já não se trata de lei, costume ou de jurisprudência! Por toda a parte reinam a Natureza e a Vontade. Conceder-nos-á, evidentemente, que, em determinados casos, ‘a vontade e a lei (são) fundamentos dos modos derivados’. Assim, o legislador pode decidir que, em algumas hipóteses, na ausência de manifestação da vontade, será adoptada uma ordem legal de devolução dos direitos e obrigações de uma pessoa falecida. Tudo os deixa, pois, crer que a lei intervém ‘ao lado’ da vontade. Mas, o que se esquece, então, de dizer é que a transmissão pela vontade dos indivíduos é ela própria, prevista organizada...pela lei; que, portanto, a fonte formal da transmissão dos direitos já não é a vontade, neste caso, tal como a origem dos direitos extrapatrimoniais não se encontra na natureza humana. Dissociando direito objectivo e direitos subjectivos, tratando-os como dois sistemas separados, esconde-se, pura e simplesmente, que eles não eram mais do que as duas faces da mesma realidade e que, em consequência, as fontes de um tinham de ser necessariamente as fontes dos outros. A partir desta consideração de unidade do sistema jurídico, já não podemos olhar o direito objectivo como um direito coactivo e perigoso em última análise – e os direitos subjectivos como liberdades que exprimem a natureza do homem ou a sua vontade.”

Ao desconstruir a crença da autonomia absoluta da vontade, Miaille lança algumas luzes e outras tantas indagações à matéria em estudo.

Primeiramente, poderia se concluir que a interveniência estatal nos domínios da vontade encerraria um óbice a que os detentores dos meios de produção impusessem aos trabalhadores exclusivamente as condições que lhes interessam, sem observar qualquer tipo de limite, inclusive aqueles necessários ao respeito à dignidade e à manutenção da saúde.

Por outro lado, não é possível analisar a questão sem ter em mente que o Estado é a estratificação de uma forma de organização social, alcançada em determinado estágio de sua evolução, com o objetivo de resolver os conflitos internos dessa própria sociedade, como pontua o próprio Miaille ao citar Engels³⁰

A crítica que acabamos de resumir chega a um resultado fundamental: o Estado não é, como afirmam implicitamente os juristas, uma categoria eterna que decorra logicamente da necessidade de assegurar uma ordem; é um fenômeno histórico, surgido num momento dado da história para resolver as contradições aparecidas na “sociedade civil”. [...] Ele é bem mais um produto da sociedade num estágio determinado do seu desenvolvimento; é a confissão de que a sociedade se enreda numa contradição insolúvel consigo mesma, tendo-se cindido em oposições inconciliáveis que se vê impotente para conjurar. Mas para que os antagonismos de classes com interesses econômicos opostos, não se consumam, elas e a sociedade, numa luta estéril, impõe-se a necessidade de um poder, aparentemente colocado acima da sociedade, que tenha por função esbater o conflito, mantê-lo dentro dos limites da ordem; e esse poder nascido da sociedade, mas que se coloca acima dela e se lhe torna cada vez mais estranho, é o Estado.

Assim, o Estado se organiza de forma a assegurar a solução dos conflitos sociais. O apaziguamento dos conflitos, contudo, perpassa pela manutenção dos privilégios das classes dominantes, haja vista o Estado ser a exteriorização de sua vontade. Entretanto, isso deve ocorrer sem que se permita chegar a um ponto de fratura, em razão dos conflitos internos que vicejam o sistema.

Explica-se: ao mesmo tempo em que a organização estatal não objetiva permitir uma subversão na ordem das coisas, autorizando que aqueles que compõem a base da pirâmide social cheguem ao seu topo, tampouco pode ignorar que a contínua retirada de direitos das classes que compõe a base da pirâmide pode levar a uma insurreição desses indivíduos, com força suficiente a pôr em risco a ordem estabelecida.

³⁰ ENGELS, Friedrich. *L'Origine de la famille, de la propriété privée et de L'État*. Éditions Sociales, Paris, 1972 *apud* MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito, Lisboa, Editorial Estampa, 2005, p. 128-130

Não por outra razão, interveniências do Estado, regulamentando e limitando a forma como se estabelecem as relações humanas, são vistas com frequência, inclusive, e especialmente, no âmbito das relações de trabalho.

E tal regulamentação, mesmo no âmbito das relações de trabalho, tem outro propósito, tão relevante para a manutenção do sistema quanto o de evitar uma fratura: o de manter os detentores do capital em contínuo investimento, na busca do lucro que é essencial à manutenção do sistema capitalista.

As regras de Direito do Trabalho demonstram claramente essas duas faces: visam a proteger a saúde e a dignidade dos trabalhadores contra o arbítrio dos empregadores, mas também almejam proteger o patrimônio dos empregadores, de forma a permitir o contínuo investimento em seus negócios.

Considerando-se sua importância, eis que serve ao mesmo tempo como garantia de um patamar civilizatório mínimo para os trabalhadores e como instrumento que também assegura a busca pelo lucro por parte do detentor dos meios de produção, o Direito do Trabalho tem natureza imperativa e cogente, como ensina Mario de La Cueva³¹.

Afirma o doutrinador mexicano que as normas trabalhistas objetivam garantir um nível social mínimo para os trabalhadores, preservando sua saúde, integridade física e dignidade. A razão primordial de ser da norma trabalhista, atendendo às origens do Direito do Trabalho, é a de contornar os efeitos da falsa tese de que há uma efetiva autonomia de vontade do trabalhador no momento em que aceita as condições de trabalho oferecidas por seu empregador, mormente quando sua contratação é negociada individualmente.

³¹ Para Mario de la Cueva “Facilmente se comprende la inclusión del derecho del trabajo en el derecho imperativo: la existencia de las relaciones entre el Capital y el Trabajo no depende de la voluntad de trabajadores y patronos, sino que tiene un carácter de necesidad. En la vida social han existido y existirán siempre esas relaciones y de ahí la urgencia de que el derecho las regule. El liberalismo estimó que su regulación debía dejarse a la voluntad de cada trabajador y patrono y por eso consigno en el contrato de obra del Código Napoleón, como para los demás contratos, el principio de la autonomía de la voluntad. La injusticia y desigualdad social que produjo esta pretendida autonomía de la voluntad hicieron que el Estado interviniera para garantizar a los trabajadores un mínimo de vida.

[...]

El derecho del trabajo, como derecho imperativo y garantiza constitucional, al regular las relaciones entre el Capital y el Trabajo, se dirige, por una parte, a cada patrono y a cada trabajador, em ocasión de las relaciones que establezcan y, por otra, al Estado, em cuanto le obliga a vigilar que las relaciones se formen y gobiernen por los principios contenidos em la ley y em las normas que le son supletorias.

[...]

Y además, si las relaciones entre el Capital y el Trabajo son necesarias, puesto que no puede concebirse que el Capital se negara a utilizar al Trabajo, ni este a aquel, la más elemental justicia exige que se fijen los derechos mínimos de uno y outro, que fundamentalmente son, respecto al Trabajo, un determinado nivel social para cada trabajador y la defensa de su salud y de su vida y para el Capital, el respeto de la propiedad privada y el derecho a percibir una utilidad.” DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1949, p. 246-247

Por esse motivo, Mario de La Cueva sustenta que³²:

[..] se ha dicho que el derecho del trabajo implica un limite a la libertad de industria y de trabajo al restringir la libertad de contratación, solución que parece confirmarse atendiendo al origen histórico del derecho del trabajo que, desde um principio, reclamo la falsedad de la tesis de la autonomia de la voluntad.³³

No mesmo sentido, Ludovico Barassi defende que o princípio liberal, que dá suporte à teoria da autonomia a vontade, só é aceitável sem ressalvas quando se trata de um negócio de interesse privado individual³⁴.

Havendo, ao revés, um interesse social mais elevado, é lógica e necessária a intervenção direta e vigorosa do ordenamento jurídico, de forma a evitar que o interesse individual se sobreponha ao social.³⁵

No caso da relação de trabalho, a limitação à autonomia da vontade se justifica porque uma das partes, o trabalhador, não é livre para se comportar de forma diversa, ou seja, para não aderir ao contrato de trabalho proposto.³⁶

De fato, não é razoável se presumir que aquele que necessita vender sua força de trabalho para subsistir encontra-se em pé de igualdade para negociar com quem detém não só os meios de produção, mas principalmente uma grande oferta de mão de obra para escolher quem prestará o serviço a ser contratado. Trata-se do conceito de exército industrial de reserva, trazido por Marx, em sua faceta mais visível³⁷.

Logo, resta evidente que a relação de trabalho não pode ser objeto de livre estipulação entre as partes, como pretendeu o Código de Napoleão, sob pena de submeter a classe trabalhadora a um nível de miserabilidade que comprometeria sua própria existência.

Não por outra razão, Pachukanis³⁸ alerta que, dentro da dinâmica do livre mercado:

O grande capitalista “de boa-fé”, *bona fide*, arruína o pequeno, sem usurpar nem por um minuto o valor absoluto da pessoa deste. A pessoa do proletário é “igual em princípio” à pessoa do capitalista; o que encontra em sua expressão

³² DE LA CUEVA, Mario. Op. cit., p. 247

³³ Tradução livre: “(...) tem-se dito que o direito do trabalho implica um limite à liberdade de indústria e de trabalho, ao restringir a liberdade de contratação, solução que parece se confirmar atendendo a origem histórica do direito do trabalho que, desde seu princípio, reclamou a falsidade da tese da autonomia da vontade”

³⁴ BARASSI, Ludovico. *Il Contrato di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, v. 2, Milão, *Società Editrice Libreria*, 1917, p. 120

³⁵ BARASSI, Ludovico. Op. cit., p. 121

³⁶ BARASSI, Ludovico. Op. cit., p. 121

³⁷ MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003, p. 733.

³⁸ PACHUKANIS, Evguíeni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo. Ed. Boi Tempo, 2017, p. 158

no “livre” contato de emprego. Mas é a partir dessa mesma “liberdade materializada” que surge para o proletário a impossibilidade de tranquilamente morrer de fome.

A assimetria de poder que se verifica no âmbito da relação individual de trabalho conclama a interveniência estatal, pela criação de regras jurídicas, a proteger aquele que se encontra na situação desprivilegiada.

A legislação do trabalho tem por escopo garantir um patamar mínimo de direitos, abaixo do qual não é admissível a submissão da massa trabalhadora. Como corolário, toda tentativa de redução do mínimo disposto pela legislação, ainda que sob a moldura de uma livre estipulação, não poderá gerar efeitos.³⁹

Trata-se da expressão do conceito de mínimo existencial, amparado e protegido pelas normas que regulamentam a relação de trabalho.

Para Ricardo Lobo Torres, a teoria do mínimo existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, amparado na ética e fundamentado na liberdade, isto é “nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana”⁴⁰.

Contudo, o Direito do Trabalho não tem por objetivo exclusivo proteger quem trabalha, mas permitir que aquele que investe no desenvolvimento econômico e técnico da atividade produtiva receba a retribuição devida, de forma a fazer frente aos riscos assumidos pela atividade desempenhada, além de assegurar a proteção à propriedade e permitir a busca pelo lucro.

A norma de Direito do Trabalho limita a autonomia da vontade dos contratantes, estabelecendo, por um lado, parâmetros mínimos para a dignidade do trabalhador e, por outro, a possibilidade de “justa retribuição às empresas interessadas”⁴¹, permitindo o contínuo desenvolvimento da atividade empresarial.

Há aqui um embate entre duas visões, não só sobre a aplicação do ordenamento jurídico, mas verdadeiramente sobre o mundo: uma privatista, para a qual o Direito do Trabalho é um mero regramento que visa a tutelar uma espécie de contrato, e outra, publicista e humanista, “postulando, como princípio essencial, a tese de que o direito do trabalho é a norma que procura dar satisfação às necessidades do homem que trabalha”⁴².

Por todas essas razões, considerada a necessidade de o Direito do Trabalho também atender à preservação da propriedade e de incentivar o desenvolvimento econômico.

³⁹ DE LA CUEVA, Mario. Op. cit., p. 250

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro. Renovar. 2009, p.13,25,35

⁴¹ Art. 766 da CLT

⁴² DE LA CUEVA, Mario. Op. cit., p. 250, tradução nossa.

Contudo, considerando-se que uma negociação obtida individualmente por um empregado não é tão proveitosa quanto obtida de forma coletiva, ante a evidente diminuição da assimetria de forças dos contratantes, é inegável que os frutos de uma negociação coletiva seriam muito mais vantajosos nesse ponto.

Neste diapasão, deve-se ter em mente que há modelos de normatização em que há autonomia na produção das regras, visando à composição dos conflitos oriundos das relações de trabalho, privilegiando mecanismos de negociação coletiva, envolvendo sindicatos e associações profissionais, ou seja, organismos da sociedade civil que representam e articulam interesses de empregados e empregadores.

Há, também, modelo de normatização de natureza estritamente heterônoma, em que o regramento é minuciosamente construído pelo Estado, de forma a afastar a possibilidade de soluções autônomas de conflito, sendo uma representação típica de sistemas autoritários.

Em tal modelo, há pouco ou nenhum espaço para a criação do direito a partir de movimentos coletivos de representação de trabalhadores e empregadores, mormente sindicatos. Assim, o que não está estritamente previsto nas regras jurídicas dispostas pelo Estado não terá como se apresentar como o efeito da produção da vontade negocial.

Tais modelos negam a participação de representantes da sociedade civil na construção das normas jurídicas e, no caso em estudo, impedem o balizamento de requisitos que poderiam autorizar o estabelecimento de pactos de não concorrência, com o respaldo da negociação coletiva.

De fato, no âmbito das negociações coletivas, o desequilíbrio de forças não é tão presente, permitindo que o resultado alcançado exprima, de maneira mais efetiva, a vontade dos contratantes.

Ademais, dadas as especificidades de cada categoria profissional e econômica, e a menor complexidade em celebrar acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho em relação à edição de leis, a negociação coletiva possibilita a criação de regras jurídicas pontuais, especiais e contemporâneas às necessidades advindas dos conflitos modernos do trabalho.

Tais peculiaridades fazem com que a negociação coletiva seja almejada e estimulada pela Organização Internacional do Trabalho, que, em sua Recomendação nº 163/1981⁴³, propõe:

8. Se necessárias, devem ser tomadas medidas condizentes com as condições nacionais para que **os procedimentos para a solução de conflitos trabalhistas ajudem as partes a encontrar elas próprias a solução da disputa**, quer o

⁴³ Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-negocia%C3%A7%C3%A3o-coletiva>>. Acesso em: 20 jun 2015

conflito tenha surgido durante a negociação de acordos, quer tenha surgido com relação à interpretação e à aplicação de acordos ou esteja coberto pela Recomendação sobre o Exame de Queixas, de 1967. (grifos nossos)

O Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, caminhou para deixar para trás o modelo normativo heterônomo que norteou a redação da Consolidação das Leis do Trabalho, vindo a prestigiar a autonomia e liberdade sindical (artigo 8º) e a força do produto da negociação coletiva, seja ele um acordo ou uma convenção (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI), que passam a ter o condão de, em alguns casos, até mesmo reduzir direitos trabalhistas legalmente previstos ou contratualmente estipulados.⁴⁴

Com isso, abriram-se as portas para a construção de normas trabalhistas advindas da autonomia da vontade coletiva, que será objeto de estudo a seguir.

⁴⁴ “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.”

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan 2014

3.2. Autonomia da vontade coletiva nas relações de trabalho

A autonomia da vontade coletiva é a chave para o exercício da vida coletiva no Direito do Trabalho, pois nela encontra-se o respaldo jurídico para o exercício de cidadania para além da dimensão patrimonial dos sujeitos, sendo tutelada constitucionalmente. Esta, em conjunto com a lei, é o pilar da estrutura reguladora de tutela e, nesse sentido, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva assevera que:

A autonomia da vontade coletiva é a expressão do poder social das classes trabalhadoras. Este poder social em essência é recepcionado pelo Direito por meio de um conjunto de instrumentos normativos, dentre os quais o da autonomia privada coletiva, que fundamenta a capacidade de auto-regulação dos sujeitos sociais. No entanto, imersa em um sistema de proteção constitucional, a autonomia coletiva só poderá fundamentar, sob os pontos de vista teórico e normativo, a negociação coletiva como uma autêntica prerrogativa constitucional quando houver um ambiente formado de liberdade sindical, de autonomia de direito pleno de greve.⁴⁵

Esta roupagem coletiva é pressuposto lógico para o nascimento e atuação do sindicato, um dos grandes “atores” do Direito Coletivo do Trabalho, fazendo valer então, a autonomia da vontade coletiva como pressuposto das relações negociadas.

Para Giancarlo Perone:

Na matéria de tutela de interesses coletivos, usa-se o termo de autonomia coletiva para designar o poder de negociar a regulamentação desses interesses, valendo ressaltar que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, da capacidade de estabelecer livremente a posição de próprios interesses considerados objetivamente mais convenientes, independentemente da eventual necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado.⁴⁶

As importantes transformações do direito brasileiro nas últimas décadas nos permitem a associação do papel central da interpretação e aplicação das normas do ordenamento jurídico a um sentido constitucionalmente adequado.

⁴⁵ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho: Configurações institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 96.

⁴⁶ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira (Coords.). *Temas de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010; e PERONE, Giancarlo. *Sindicatos nacionais e disciplina comunitária coletiva do trabalho*. Trad. Rômulo Nei Barbosa de Freitas Filho. São Paulo, LTr, 2010. p. 92.

Como ensina Erik Jayme, todas as disciplinas do direito, público e privado, hoje sofrem direta influência dos direitos fundamentais.⁴⁷

Da mesma forma, a Constituição também tutela a autonomia da vontade ao estabelecer a livre iniciativa privada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, “pois esta naturalmente pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedade na consecução dos seus objetivos de fazer circular riqueza”⁴⁸. Dessa forma, “pode-se considerar a autonomia da vontade como um princípio fundamental, inclusive no direito pátrio, que, como já mencionado, é compreendido por uma dimensão existencial e por outra de caráter patrimonial”⁴⁹.

Primeiramente há que se registrar a proibição legislativa quanto aos próprios limites da autonomia da vontade, pois não se pode, através dela, criar figuras atípicas não previstas em lei. Neste sentido, vale transcrever o entendimento de José de Oliveira Ascensão:

A primeira categoria de regras injuntivas resulta com carácter de evidência do próprio princípio do *numerus clausus*: não se pode alterar os elementos que pertencem à própria definição do tipo de cada direito real (modificar o tipo, no sentido restrito atrás indicado). Porque a não se assim, através da porta travessa da modificação do conteúdo, viríamos a liquidar a tipicidade taxativa dos direitos reais. Por isso, não se pode dar em penhor um imóvel, ou estabelecer uma superfície em que a propriedade da obra implantada pertença ao dono do chão.⁵⁰

Por outro lado, a modelação do tipo de direito real, por atuação da autonomia da vontade, deve respeitar uma série de interesses: (i) interesses coletivos, (ii) interesses de terceiros e (iii) interesses dos próprios titulares da situação jurídica de direito real. No entanto, a proteção destes interesses precisa encontrar um paradigma que possa atender aos anseios da sociedade contemporânea.

Ferri acrescenta que a autonomia privada não é um poder que corresponde a uma função, pois o Estado não prevê os interesses para os quais este poder

⁴⁷ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFRGS 1*, n. 1, p. 85-97, mar. 2003. p. 85 et seq..

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.

⁴⁹ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do Direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*. Fortaleza: 9, 10, 11 e 12 de junho de 2010. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fDPqasHAtXwJ:150.162.138.7/documents/download/39%3Bjsessionid%3D2C8214C59107D7570B299FBF3DED57CE+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 26 jan 2018.

⁵⁰ ASCENSÃO, José Oliveira. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Imprensa, 1968. p. 137.

deve ser usado; ele simplesmente estabelece fronteiras externas, que limitam de forma negativa.⁵¹

Assim, estabelecidas tais premissas quanto à caracterização da autonomia da vontade como direito fundamental, pretende-se a seguir verificar de que forma nasce a autonomia da vontade coletiva na ciência jurídica.

Nesse sentido, Giulio Prosperetti conceitua autonomia da vontade coletiva como:

*L'autonomia collettiva è la potestà riconosciuta ai gruppi sociali di regolare liberamente i propri interessi collettivi; sono pertanto i sindacati i soggetti esponenziali dell'interesse collettivo che nell'ambito della più generale sfera dell'autonomia privata realizzano l'autonomia privata collettiva.*⁵²

Por isso, no Direito Comparado, cabem algumas observações quanto à Itália, berço da concepção de autonomia coletiva, pois, lá, a doutrina juslaboralista defende de modo consensual sua natureza de poder originário. No entanto:

na esfera trabalhista, o debate sobre a problemática do poder normativo dos particulares tem se centrado na análise da relação entre o Estado e a autonomia privada coletiva, dada a grande relevância da atuação coletiva de trabalhadores e de empregadores⁵³.

Percebe-se que a formalização da vontade se dá através dos sindicatos, que possuem autonomia coletiva de atuação por sua liberdade de regular os próprios interesses coletivos. A propósito, Giulio Prosperetti acrescenta que:

*L'integrazione dei sindacati nell'ordinamento e i munera pubblici, che sono loro attribuiti, devono conciliarsi con il loro (solo indireto) riconoscimento e con la natura di enti privati, che l'autonomia privata può creare e sciogliere, fondare e dividere, e che sono liberi di proporsi qualsiasi finalità e programma, sicché solo i rapporti di forza e la correlativa conquista de "tavoli di trattativa", con la conseguente stipulazione dei contratti collettivi, determina l'ambito ed il livello di rappresentatività di ogni singola associazione sindacale.*⁵⁴

⁵¹ FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959. p. 7.

⁵² Tradução livre: "A autonomia coletiva é o poder reconhecido aos grupos sociais de regular livremente os próprios interesses coletivos; são, portanto, os sindicatos os sujeitos exponenciais do interesse coletivo que no âmbito mais geral da esfera da autonomia privada realizam a autonomia privada coletiva." (PROSPERETTI, Giulio. *L'autonomia collettiva e i diritti sindacali*. Torino: UTET Giuridica, 2010. p. 1-2)

⁵³ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67753-89183-1-pb.pdf>>. Acesso em: 26 Jan 2018. p. 138.

⁵⁴ Tradução livre: "A integração dos sindicatos no ordenamento e os dons públicos, que são a eles atribuídos, devem conciliar-se com seu reconhecimento e com a natureza dos entes privados, que a autonomia privada pode criar e dissolver, fundar e dividir, e que são livres de propor qualquer finalidade e progra-

A formalização da vontade na negociação coletiva se dá através da liberdade outorgada pelo Direito aos sindicatos, sendo, portanto, uma conquista do equilíbrio das partes do contrato de trabalho. No entanto, tal fato, por si só, não obstante seu alto grau de democraticidade e publicização, não é suficiente para conduzir à igualdade nas relações trabalhistas. A despeito do caráter complementar dos preceitos negociados o piso civilizatório fixado pela Constituição Federal e normas internacionais imperativas do Direito do Trabalho, o instituto da autonomia da vontade não pode ser maximizado ao ponto de solapar os direitos sociais.

Assim, a negociação coletiva nada mais é do que uma técnica de autolegislação da coletividade organizada em grupos, mostrando-se a latente consagração do comportamento coletivo no ordenamento jurídico.

A vontade coletiva é, dessa forma, a expressão dos seus meios e formas de garantir a efetividade do Direito do Trabalho, diferentemente da assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. A autonomia coletiva da vontade não tem os mesmos limites que a autonomia individual sendo, portanto, mais universalizante, conforme entendeu o ministro Luís Roberto Barroso no seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas,

ma, de modo que somente o equilíbrio de poderes e a correlata conquista da 'mesa de negociações', com a consequente estipulação dos contratos coletivos, determina o âmbito e o nível de representatividade de cada associação sindical." (PROSPERETTI, Giulio. *L'autonomia collettiva e i diritti sindacali*. Torino: UTET Giuridica, 2010. p. 3)

assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.⁵⁵

Assim, o marco da Constituição Federal de 1988 demonstra a transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justralhista mais democrático e autônomo, haja vista o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como instrumentos capazes de prevenir e resolver os conflitos na seara trabalhista.⁵⁶ Dada a conotação democrática, ao sindicato cabe a representação da categoria, conforme ditam os artigos 7º e 8º da Constituição Federal.

Veja-se que o modelo proposto pela Constituição acompanha a tendência internacional com o crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, conforme a Convenção nº 98/1949⁵⁷ e a Convenção nº 154/1981⁵⁸

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 590415, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - mérito *DJe*-101 Divulg 28-05-2015 Public 29-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ “Art. 4º - Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 98, de 1º de julho de 1949*. Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva. Genebra, 1949. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016)

⁵⁸ “Art. 2 - Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, *uma ou várias organizações de trabalhadores*, com fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

[...]

Art. 5 — 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as quais foram ratificadas pelo Brasil, conforme bem indica o Min. Barroso.⁵⁹

Analisando a limitação da autonomia da vontade no direito individual do trabalho e na legislação infraconstitucional anterior à promulgação da Constituição de 1988, verifica-se que o mesmo não ocorre no que diz respeito ao Direito Coletivo do Trabalho, bem como às normas constitucionais vigentes na contemporaneidade.⁶⁰

O método democrático expressado pela Constituição afirma como fundamentos da República a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, prestigiando uma série de direitos sociais que se prestam a assegurar condições materiais para a participação do cidadão no debate público.

O Direito Coletivo do Trabalho por sua expressão constitucional possui uma peculiaridade no que se refere à participação colegiada na produção das normas negociadas. Atuará, dessa forma, como engrenagem pela qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que a ele mesmo se destinam de modo a regular a heteronormatividade com finalidade de garantir, na sua forma mais genuína, a autonomia coletiva da vontade.

Neste passo, a personificação do grupo significa dotá-lo de capacidade de ação independentemente dos membros que o compõem, sendo, portanto, capaz de amenizar os efeitos negativos que uma negociação entre partes extremamente assimétricas possui no sentido de retroceder em matéria de direitos sociais.

Por isso, Daniela Muradas assevera:

O progresso e não retrocesso das condições sociais consiste em um imperativo ético-jurídico, decorrente da dignidade da pessoa humana e do valor ínsito ao

a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;

b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem as alíneas a, b e c do artigo 2º da presente Convenção;

c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;

d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;

e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n° 154, de 19 de junho de 1981*. Fomento à negociação coletiva. Genebra, 19 jun. 1981. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016)

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 590415, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - mérito *DJe-101* Divulg 28-05-2015 Public 29-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *op. cit.*.

trabalhador, então há de ser desconsiderado no plano do Direito do Trabalho, particularmente no seu segmento coletivo.⁶¹

Não por outra razão, Gabriela Neves Delgado⁶², ao analisar o texto da Lei nº 13.467/2017, popularmente conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, salienta que:

Evidentemente que não cabe a conclusão de que o novo preceito legal permitiu a instauração no País, por intermédio da negociação coletiva trabalhista, de uma ordem jurídica anômala, anti-humanista e antissocial, que faça a Constituição da República, das normas internacionais imperativas no Brasil e das normas federais também imperativas uma inusitada *tabula* rasa em desfavor da pessoa humana que viva de seu trabalho empregatício na economia e na sociedade brasileiras. Sendo evidente o caráter absurdo dessa eventual leitura do texto normativo, não pode ser essa a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do mencionado novo dispositivo da CLT.

Por isso, o exercício da autonomia da vontade coletiva não pode se viabilizar em um instrumento de supressão ou negação de direitos sociais devidamente estabelecidos, não se justificando quaisquer interpretações que não visem a manutenção do patamar civilizatório mínimo já estabelecido.

Retomando o princípio constitucional da vedação do retrocesso, esse estabelece que o Estado não pode retroceder após implantar um direito fundamental, ou seja, não pode lesionar um direito sem que haja uma medida compensativa efetiva correspondente.

O art. 7º da Constituição Federal elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da condição social. Dessa maneira, a Reforma Trabalhista é uma afronta a esse princípio na medida em que permite que direitos garantidos por lei sejam reduzidos por negociação, sem apresentar expressa indicação de contrapartidas recíproca, no sentido de majorar outro direito, consagrando verdadeiro prejuízo ao trabalhador.

Com a “livre” negociação coletiva prevalecendo sobre o legislado, em razão da promulgação da Lei nº 13.467/17, a submissão do empregado ao empregador se tornará ainda mais preponderante, havendo uma negociação baseada no tudo ou nada: ou os trabalhadores renunciam aos seus direitos ou perderão seus empregos. A negociação amparada na autonomia da vontade

⁶¹ REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira (Coords.). *Temas de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. Organizadores Hugo Cavalcanti Melo Filho, Platon Teixeira de Azevedo Neto. São Paulo: LTr, 2010. p. 77.

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. A Reforma Trabalhista no Brasil, In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: LTr, 2017. p. 306

coletiva nos termos da, lei em questão, não merece prosperar na seara labora, pois a autonomia da vontade não pode ser aplicada nas relações de trabalho com o mesmo viés liberal do Direito Civil, instituto que se utilizado nas relações trabalhista se manifesta como potencializador de poder econômico com estreitamento das possibilidades dialógicas.

Por fim, não há sentido em se falar de autonomia da vontade em um contexto histórico-político desequilibrado⁶³ especialmente, no trabalho e quando o Estado não assegura um patamar mínimo legislativo que compete a atuação autônoma. Assim, valorizar a negociação e autonomia coletiva converte-se em um instrumento de ajuste de Direito do Trabalho aos interesses econômicos.

4. CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, o sindicato passou por diversas fases. Superou a proibição ao associativismo e à greve, o cerceamento de sua liberdade plena, a convivência com o aparelho estatal e a força do capitalismo.

A despeito disso, o sindicato não conseguiu afastar inúmeras crises com as quais se deparou e não conquistou seu papel de ator no processo social de emancipação da classe trabalhadora.

Não se pode desvencilhar as dificuldades do movimento sindical na atualidade de transformações no mundo vivenciadas nos últimos tempos em que o advento da flexibilização e precarização do trabalho, na sua forma legislada, tem efeito imediato na união dos trabalhadores por meio de entidades sindicais e na consciência de classe.

A autonomia da vontade no âmbito das relações de trabalho sempre foi tema basilar para a compreensão do estatuto jurídico que rege as controvérsias laborais. Com o novo texto celetista, o desvirtuamento do instituto civilista é utilizado para fundamentar a negociação coletiva que, estruturalmente falida, não reflete a realidade dos trabalhadores brasileiros. Logo, a prevalência do negociado sob o legislado se compromete politicamente com a classe capitalista sendo estes, os detentores dos meios de produção.

No presente estudo, objetivou-se analisar e esclarecer os limites da autonomia da vontade individual e da autonomia da vontade coletiva em termos de fixação de regras contratuais postas em total assimetria econômica e social.

Se por um lado foi possível concluir que a alteridade exacerbada que é característica às partes da relação de emprego faz com que a autonomia da vontade individual não deva ser prestigiada, sob pena de significar uma verdadeira via larga para a supressão de direitos, por outro, verificou-se que tal assimetria

⁶³ Acrescente-se antidemocrático em virtude do Golpe ocorrido em 2016 em sustentáculos eminentemente partidários e de interesses econômicos.

é consideravelmente mitigada quando há um ente coletivo sério representando o interesse dos trabalhadores.

Contudo, só há espaço para o exercício da autonomia da vontade coletiva quando o ordenamento jurídico não reserva exclusivamente ao Estado a prerrogativa de estabelecer normas que regulamentarão as relações de emprego.

A participação democrática dos trabalhadores nas fábricas pode sinalizar a homogeneização de interesse da classe trabalhadora a fim de buscar resistência às mudanças legislativas prejudiciais aos trabalhadores e atribuir união e consciência de classe.

Por tal razão, significativo para o tema é o texto constitucional de 1988, que permite a transição do modelo corporativo-autoritário até então vigente para, outro, mais democrático e autônomo, em que se permite o exercício da negociação coletiva.

Os frutos benéficos desse novo paradigma foram explorados ao longo do artigo, mas, também, necessário se fez atentar para os limites que devem ser impostos mesmo para a autonomia da vontade coletiva eis que, de fato, a negociação coletiva imperiosamente deve observar os patamares das conquistas sociais já estabelecidas, não podendo se prestar a instrumento de supressão de direitos, objetivando aniquilar garantias há muito sedimentadas e necessárias à salvaguarda de um mínimo de que não se pode prescindir.

REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 7-26, out.-dez. 1998.
- ASCENSÃO, José Oliveira. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Imprensa, 1968.
- BARASSI, Ludovico. *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, v. 2, Milão, Società Editrice Libreria, 1917.
- DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1949.
- DELGADO, Mauricio Godinho. A Reforma Trabalhista no Brasil, In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: LTr, 2017.
- EDELMAN, Bernard. O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra, Ed. Centelha, 1976.
- ENGELS, Friedrich. *L'Origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*. Éditions Sociales, Paris, 1972 *apud* MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito, Lisboa, Editorial Estampa, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. O "aggiornament" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. Milão: Giuffrè, 1959.
- FRANKENBERG, Günter. *A gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Der philosophische Diskurs der Moderne*. Zwölf Vorlesungen, Frankfurt am Main 1993 e HELDEGGER, Martin. *Die Zeit des Weltbildes*. In: Holzwege, Frankfurt am Main 1972. p. 75 et seq..
- JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFRGS 1*, n. 1, p. 85-97, mar. 2003. p. 85 et seq..
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Brasília: Martins Fontes, 1990.

- KLUG, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Bogotá: Themis, 1988.
- MARX, Karl. O capital. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.
- MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, t. 1, Montchrestien, Paris, 1972 *apud*
- MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito, Lisboa, Editorial Estampa, 2005.
- MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira (Coords.). *Temas de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010; e PERONE, Giancarlo. *Sindicatos nacionais e disciplina comunitária coletiva do trabalho*. Trad. Rômulo Nei Barbosa de Freitas Filho. São Paulo, LTr, 2010.
- MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. Lisboa, Editorial Estampa, 2005.
- PACHUKANIS, Evguíeni B. Teoria Geral do Direito e Marxismo. São Paulo. Ed. Boi Tempo, 2017.
- PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12853180/autonomia-da-vontade-um-principio-fundamental-do-conpedi/3>>. Acesso em: 26jan 2018.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira (Coords.). *Temas de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. Organizadores Hugo Cavalcanti Melo Filho, Platon Teixeira de Azevedo Neto. São Paulo: LTr, 2010.
- REIS, Cláudio Araújo. Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 33, n. 2, p. 11-34, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732010000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jan 2018.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 192. *apud* PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. *op. cit.*
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho*: Configurações institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67753-89183-1-pb.pdf>>. Acesso em: 26 Jan 2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 590415, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - mérito *DJe*-101 Divulg 28-05-2015 Public 29-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>>. Acesso em: 10 maio 2016.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- WEILL, Alex. *Droit Civil*, t. 1, *Introducion, les personnes*, Coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1974.

PARTE III

**DIREITOS HUMANOS E
REALIDADE(S) BRASILEIRA(S)**

CAPÍTULO 14

O FEMININO COMO CONDIÇÃO DE INVISIBILIDADE E VULNERABILIDADE NA PERSPECTIVA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Tani Maria Wurster

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar como a *invisibilidade*, a *alteridade* e a *vulnerabilidade* que caracterizam o feminino impactam de modo singular o modo como as mulheres são encarceradas no Brasil.

Apesar de grandes avanços em termos de reconhecimento de direitos civis às mulheres, o seu confinamento histórico ao âmbito doméstico, que por tanto tempo lhes roubou o direito ao trabalho, à voz, às decisões sobre suas próprias vidas, continua a impor ao feminino especial condição de *invisibilidade*, *vulnerabilidade* e *alteridade*.

A partir de dados de pesquisas sobre encarceramento feminino, será possível analisar que essas circunstâncias estão também presentes na sistemática de aprisionamento e do cumprimento da pena pelas mulheres.

O objetivo do presente estudo é, portanto, discutir o lugar que a mulher ocupa na sociedade, reconhecer os mecanismos que determinaram a sua *invisibilidade/vulnerabilidade* e, a partir da constatação da posição de *alteridade* que a mulher ocupa na sistemática de aprisionamento e cumprimento da pena, procurar entender em que medida essas questões interferem no modo peculiar como é aprisionada a mulher no país e lhe é sonogada a condição de indivíduo, mediante a violação sistemática e institucionalizada de direitos humanos imposta pelo sistema carcerário brasileiro.

2. A (NÃO) HISTÓRIA DAS MULHERES - ELAS NÃO EXISTEM

Em significativos períodos da história recente, à mulher foi reservado o espaço privado, do lar, do recato, da maternidade. O espaço público, da luta, da razão e do pensamento, aquele que merece destaque e interesse, é histórica e socialmente associado ao masculino.

Nas palavras de Susan Moller Okin¹, os homens são vistos como, sobretudo, ligados às ocupações da esfera da vida econômica e política e responsáveis por elas, enquanto as mulheres seriam responsáveis pelas ocupações da esfera privada da domesticidade e da reprodução”. Para a autora, ainda, as mulheres são vistas como *naturalmente inadequadas* à esfera pública.

Essa circunstância de inadequação ao espaço público sujeita a mulher à especial condição de *invisibilidade*.

Para Michelle Perrot, historicamente as mulheres *são invisíveis*: “porque são pouco vistas, pouco se fala delas”. Enquanto “os homens são indivíduos, pessoas, trazem sobrenomes que são transmitidos”, as mulheres têm apenas um nome.²

A invisibilidade das mulheres permeia todo trabalho de Michelle Perrot na obra *Minha história das mulheres*. Para a historiadora francesa, “escrever a história das mulheres é sair do silêncio a que estavam confinadas”³. Afirma que a história é o que acontece e o relato que se faz dela, e que as mulheres ficaram muito tempo fora dos relatos, fora do tempo, fora dos acontecimentos. São invisíveis.

A história conta a história do espaço público, das guerras, dos reinados, dos grandes homens, dos grandes santos. Elas, ao contrário, atuam em família, confinadas em casa, “preservam sua virgindade e rezam”. A descrição de que “é preciso ser piedosa ou escandalosa para existir”⁴ reproduz o eterno mito da mulher santa ou prostituta, representado no catolicismo pela imagem de Eva e a sua redentora Virgem Maria.

Os registros da história das mulheres são escassos, “sua presença é frequentemente apagada, seus vestígios, desfeitos, seus arquivos destruídos.”⁵ A gramática contribui para o seu apagamento, pois o uso do *elas* inviabiliza o *elas*. Pelo casamento as mulheres perdiam o seu sobrenome, o que torna impossível a tarefa de reconstruir linhagens femininas.⁶

Ainda, se existentes, é a própria mulher quem promove o apagamento desses poucos vestígios, como produto da desvalorização da mulher por si mesma, de um pudor feminino que se estende à memória, de um silêncio substancial à noção de honra. São as próprias mulheres que julgam esses registros sem interesses, afinal, são apenas mulheres, cuja vida não conta muito.⁷

¹ Susan Moller Okin, “Gênero, o público e o privado”, *Revista de Estudos Feministas* (Florianópolis), 308.

² Michelle Perrot, *Minha História das Mulheres*, trans. Angela M. S. Côrrea, 2. ed. (São Paulo: Contexto, 2016), 17.

³ *Idem*, 16.

⁴ *Ibidem*, 18.

⁵ Michelle Perrot, *Minha História das Mulheres*, trans. Angela M. S. Côrrea, 2. ed. (São Paulo: Contexto, 2016), 17.

⁶ *Idem*, 22.

⁷ *Ibidem*, 21.

A mulher é, portanto, histórica e culturalmente invisibilizada, “como se a feminilidade se medisse pela arte de se fazer pequena”.⁸

Esse apagamento é também historicamente naturalizado. “O silêncio das mulheres faz parte da ordem das coisas. É a garantia de uma cidade tranqüila. Sua aparição em grupo causa medo”, e sua fala em público é indecente⁹.

A autora cita Claude Lévi-Strauss para ilustrar a falta de pudor no ato de deliberadamente *invisibilizar* a mulher: “no começo de *Tristes tropiques*, o autor descreve uma aldeia depois da partida dos homens para caçar: não havia mais ninguém, diz ele, exceto as mulheres e as crianças”¹⁰.

O silêncio, o confinamento, o apagamento acompanham, portanto, a (não) história das mulheres.

Esse apagamento acompanha as mulheres em diversos ambientes públicos, no trabalho, na política, nos espaços de poder.

No espaço do cárcere não é diferente.

Dados oficiais sobre encarceramento em geral no Brasil são historicamente precários¹¹.

Sobre o sistema de encarceramento como uma resposta do Estado ao fenômeno da criminalidade, Zygmunt Bauman alerta que o *refúgio humano* necessita ser *lacrado em contêineres fechados com rigor*,¹² contêineres esses fornecidos pelo sistema penal. A ausência de informações sobre os sujeitos encarcerados faz parte desse objetivo de segregação e esquecimento, portanto.

Se a condição de preso, qualquer que seja seu sexo, lança o indivíduo em situação de completa invisibilidade, caracterizado como *refúgio humano, excessivo e redundante*¹³, submetido a um processo de *desumanização e exclusão*, de subtração do *rostro* do outro, extraindo-lhe a condição de *sujeito moral*¹⁴, a *invisibilidade* que qualifica o feminino destina as mulheres à condição de *sujeitos apagados de vista*¹⁵, ou o *refúgio do refúgio*.

⁸ Pierre Bordieu, *A dominação masculina*, trans. Maria Helena Kühner. 13ª ed. (Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015), 39.

⁹ *Idem*, 17.

¹⁰ Michelle Perrot, *Minha História das Mulheres*, trans. Angela M. S. Côrrea, 2. ed. (São Paulo: Contexto, 2016), 17.

¹¹ O Banco Nacional da Monitoramento de Presos - BNMP, ferramenta desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça que pretende unificar e preencher lacunas nos dados sobre encarceramento no país está em fase de implantação, mas ainda depende da colaboração das Secretarias de Segurança Pública dos Estados. A respeito: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85075-sistema-digital-do-cnj-vai-cadastrar-presos-e-foragidos-da-justica>.

¹² Zygmunt Bauman, *Vidas desperdiçadas*, trans. Carlos Alberto Medeiros (Rio de Janeiro: Zahar, 2005), 108.

¹³ *Idem*, 12.

¹⁴ Hannah Arendt, *Eichmann em Jerusalém*. Um relato sobre a banalidade do mal, trans. José Roberto Rubens Siqueira (São Paulo: Companhia das Letras, 1999).

¹⁵ Carmen Hein de Campos, *Criminologias Feministas: três possibilidades para a configuração de um campo de estudo*, www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c112115f1c81e4f4.

Michelle Perrot já denunciava que as estatísticas, por serem assexuadas, sempre colaboraram para o apagamento da mulher. Desse modo, não haveria por que esperar alguma diferença no que diz respeito às estatísticas sobre as prisões de mulheres.

Dados sobre o encarceramento feminino são poucos ou quase inexistentes. O único levantamento oficial sobre encarceramento realizado sob uma perspectiva de gênero é o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres¹⁶, que data de 2014¹⁷.

Segundo dados Infopen Mulheres, o número de mulheres custodiadas corresponde a 6% do total da população carcerária.

No período entre 2000 e 2014, no entanto, o aumento da população carcerária feminina foi de 567,4%, enquanto o crescimento do aprisionamento masculino foi de 220,20%, revelando a existência de fatores que alteraram ou a lógica do cometimento do crime, ou o sistema que conduz ao seu aprisionamento.

O aumento desproporcional da população carcerária feminina em comparação com o aprisionamento masculino, no entanto, não foi suficiente para apagar o silêncio e a *invisibilidade* que marcam a condição das mulheres presas. Ao contrário, o baixo percentual de mulheres encarceradas em comparação aos homens colabora para o seu desprezo.

Ser mulher é irrelevante para o sistema penitenciário.

O confinamento às tarefas domésticas e ao cuidado da casa, de crianças, doentes e idosos, impõe às mulheres singularidade que não são apreendidas pelo sistema carcerário.¹⁸

¹⁶ Ministério Da Justiça, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, Infopen Mulheres. Junho de 2014, <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>.

¹⁷ O fato de ter uma abordagem específica de gênero não o impediu que fosse também parcial. A pesquisa realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC, de 2017, esclarece que um relatório divulgado em abril de 2016, sobre os dados do Infopen de dezembro de 2014, revelou que havia inconsistências nas informações prestadas pelos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro no levantamento de junho. O relatório aponta ainda que a inconsistência de dados do Infopen decorre de sua metodologia, segundo a qual os dados são obtidos a partir das informações prestadas pelas Unidades Prisionais, estaduais e federais, sem que haja obrigatoriedade de que essas unidades cumpram prazos para prestar as informações que preencham adequadamente todos os campos do formulário. A pesquisa do ITTC revelou, ainda, que o Infopen Mulheres “não foi capaz de reverter a desatenção sistêmica às mulheres, afinal, dados há muito aguardados continuam ausentes, como o número de filhos das mulheres presas - informação essa que aparece no relatório de junho em relação aos homens” (ITTC, Instituto Terra Trabalho e Cidadania, Relatório Mulheres sem prisão, disponível em http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf).

¹⁸ Dada a histórica construção hierárquica dos papéis sociais de gênero, as mulheres, de modo geral, carregam sozinhas a pesada carga da sobrevalorização da maternidade em relação à paternidade, a realização de tarefas de cuidado, o trabalho doméstico, o menor acesso ao mercado formal de trabalho e as remunerações mais baixas(...). Também não é por acaso que o encarceramento das mulheres traz duras consequências sobre a família, principalmente para suas mães e filhas. (ITTC, Instituto Terra Trabalho e

Embora muito se tenha avançado em termos de reconhecimento de direitos em favor da mulher desde que Mary Wollstonecraft¹⁹ defendeu o direito básico de educação formal às mulheres e declarou a *independência* como a grande bênção da vida e a base de toda a virtude, não há dúvidas de que a mulher ainda é a principal responsável pelos cuidados do lar, da família e dos filhos.

Recente pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas - IPEA²⁰ indicou que, enquanto a mulher dispensa 2/3 do seu tempo ao trabalho doméstico e 1/3 à esfera pública, a relação entre casa e trabalho é a inversa em relação aos homens, na ordem de 1/3 e 2/3 respectivamente.

Charlotte Perkins Gilman também menciona a escuridão que encobre o trabalho doméstico: “ela é feminina mais do que o suficiente, como o homem é masculino mais do que o suficiente; mas ela não é humana como ele é humano. A vida em casa não traz à luz nossa humanidade, pois todas as marcas distintivas do progresso humano estão do lado de fora”.²¹

Condicionamentos de ordem cultural e social imputaram à mulher singularidades relacionadas à sua saúde, à relação com a família, cuidado com os filhos, gravidez e amamentação, que se encontram à margem da perspectiva de tratamento adotado pelas unidades prisionais.

A esse respeito, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania desenvolveu uma pesquisa ao longo de dois anos com o objetivo de compreender quais dinâmicas do sistema de justiça criminal dificultam a aplicação de alternativas à prisão provisória para mulheres.²²

No relatório Mulheres sem Prisão, foram analisados 265 autos de prisão em flagrante, 275 folhas de antecedentes, 258 decisões interlocutórias, 151 pedidos de *habeas corpus* e 180 denúncias, no período do segundo semestre de 2014²³, ocasião em que se “buscou apurar, no conteúdo dos documentos que constituem a investigação preliminar, como se materializa (ou não) a argumentação de gênero para mulheres selecionadas pelas agências estatais de controle”.²⁴

Cidadania, Relatório Mulheres sem prisão, disponível em http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf, p. 108).

¹⁹ Mary Wollstonecraft, *Reivindicação dos Direitos da Mulher*, trans. Ivania Pocinho Motta. 1. ed (São Paulo: Boitempo, 2016), 17.

²⁰ Ipea. http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/170904_uso_do_tempo_e_genero.pdf

²¹ Charlotte Perkins Gilman, “The Home: Its work and its influence” (Chicago/Londres: University of Illinois Press, 1972; reimpressão da edição de 1903) 30-1, in Davis, Angela, *Mulheres, Raça e Classe*, trans. Heci Regina Candiani, (São Paulo: Boitempo, 2016), 232.

²² ITTC, Instituto Terra Trabalho e Cidadania, *Relatório Mulheres sem prisão*, http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf, 19.

²³ A análise é, portanto, anterior à publicação do Marco Legal da Primeira Infância, Lei 13.257/16, que ampliou as hipóteses de concessão de prisão domiciliar para mães de filhos de até 12 anos, gestante, ou responsáveis por pessoa com deficiência.

²⁴ ITTC, Instituto Terra Trabalho e Cidadania, *Relatório Mulheres sem prisão*, http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf, 21.

No universo das 258 decisões judiciais analisadas, apenas 7 mobilizaram de alguma maneira questões de gênero (tais como responsabilidade pelos filhos, quantidade de filhos, idade dos menores, gravidez, gravidez sem a companhia do pai, aplicação das regras de Bangkok), sendo que 3 delas relacionaram-se à revista vexatória como a circunstância que ensejou a prisão, sem nenhuma consideração sobre a grave lesão de direitos em razão da violação da intimidade.

A pesquisa revelou, ainda, a precária mobilização das questões de gênero pela defesa: apenas 20 *habeas corpus* utilizaram algum elemento de argumentação com base no gênero, em sua maioria relacionados à maternidade. Mesmo havendo a estimativa de que 80% das mulheres presas são mães, os pedidos de prisão albergue domiciliar foram raros.

Por fim, e não mais surpreendente, das 181 denúncias analisadas pelo Relatório Mulheres sem Prisão, apenas 4 mencionaram algum aspecto relacionado a gênero: duas denúncias de mulheres transgênero, e duas mulheres denunciadas por tráfico em que as prisões em flagrante ocorreram na revista vexatória.

Vale dizer, a condição feminina é em geral invisibilizada e, quando mobilizada, é utilizada em prejuízo da mulher.

Ainda, um levantamento realizado pela Fiocruz,²⁵ pesquisa “Nascer na prisão, gestação e parto atrás das grades”, traçou um perfil da população feminina encarcerada que vive com seus filhos, bem como as condições e práticas relacionadas à atenção à gestação e ao parto durante o encarceramento.

Nessa pesquisa, ficou evidente o desprezo e esquecimento a que estão submetidas.

Segundo o relatório, 40% das mulheres não receberam visita de parentes²⁶ ou amigos durante a gestação e o início do trabalho de parto foi informado à família em apenas 10% dos casos, sendo que 16% delas receberam a visita do pai da criança. Somente 3% tiveram assegurado o direito a um acompanhante durante o parto.²⁷

A pesquisa revelou ainda a ruptura dos laços sociais das mulheres grávidas ou com filhos. Nesse caso, a punição pelo crime não se limita à esfera jurídica da mulher, mas se estende a seus filhos e família.

²⁵ Maria do Carmo Leal *et al.*, “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil”, in *Ciênc. saúde coletiva* [online], 2016, vol.21, n.7, 2061-2070, <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.

²⁶ A distância relatada por familiares das mulheres privadas de liberdade na Penitenciária Feminina do Estado do Paraná se constitui um limitador para as visitas, particularmente se somado à questão econômica dos mesmos familiares (Langner, Ana Lúcia, *A visita da família na penitenciária feminina do Estado do Paraná: relação com o contexto prisional, escolaridade e condição social*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em educação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em educação, 2016, p. 76).

²⁷ Maria do Carmo Leal *et al.*, *op cit.*, 2065.

O fato de ser mãe de inúmeros filhos e de ser majoritariamente a responsável pelo seu sustento não impede que venham a ser deles separadas.

Como as delegacias de polícia são locais inadequados para alojar as mulheres, cujo baixo número de prisões em comparação ao encarceramento masculino não justifica a criação de espaço especial para recebê-las nas cidades do interior, elas são em geral encaminhadas a presídios femininos nas Capitais, unidades prisionais que possibilitam a segregação entre homens e mulheres. A transferência, no entanto, significa distanciar as mulheres do seu domicílio.

Esse deslocamento priva a detenta da convivência com os seus familiares no momento da gestação e do parto, intensificando a lógica da *invisibilidade* que as acompanha desde o momento anterior à prática do crime.

Assim, reserva-se à mulher presa dois destinos: ou é detida em unidade prisional sem nenhuma estrutura para atender às singularidades que caracterizam o feminino (em relação à sua saúde, gravidez, amamentação) e permanecer em local próximo à família, ou é transferida para uma unidade específica de aprisionamento feminino, longe dos parentes e amigos.

Nesse contexto, se a *invisibilidade* é uma peculiaridade que acompanha a história das mulheres em geral, e se a prisão é o depósito por excelência daqueles de quem preferimos não lembrar²⁸, armazém de *corpos doces*²⁹, uma prisão de mulheres constitui-se em um lugar de esquecidas, *cemitério dos vivos*.³⁰

3. 'O OUTRO' ENCARCERADO

A *invisibilidade* que marca o feminino e determina a lesão a direitos humanos das mulheres não atua de modo isolado, porém. Ela está acompanhada da *alteridade*, ou seja, a natureza ou condição do que é outro, do que é distinto.

Simone de Beauvoir publicou em 1949 que a mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; afirma que um homem não teria jamais a ideia de escrever um livro sobre a situação singular que ocupam os machos na humanidade, e que “um homem não começa nunca por se apresentar como um indivíduo de determinado sexo: que seja homem, é evidente”³¹. A mulher, de outro lado, se quiser se definir, dirá: sou uma mulher.

²⁸ Priscilla Placha Sá, “Eles (não) são Recicláveis”, in *Revista da Faculdade de Direito* n° 53, (Curitiba: UFPR).

²⁹ Michel Foucault, *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*, trans. Raquel Ramallete, 42. ed (Petrópolis: Vozes, 2014), 135.

³⁰ Julita Lembruger, *Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres* (Rio de Janeiro: Achiamé, 1983).

³¹ Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo: Fatos Mitos*, trans. Sérgio Milliet. 2. ed. (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009), 15.

Assim, quando a mulher ultrapassa o espaço da reclusão e passa a ser observada, ela é registrada a partir da perspectiva patriarcal³², e a atenção que dispensa é reduzida por estereótipos, afinal, na história, os observadores e escritores são homens.

Das mulheres se fala “para dizer o que elas são ou o que elas deveriam fazer”.³³ Assim, não basta que seja invisível. É da natureza das coisas que seja o *Outro*. O masculino é o *absoluto*, o *reto*, e o feminino o *relativo*, o *desviante*.

Pierre Bourdieu analisa a posição ocupada pela mulher sob a perspectiva da dominação masculina, à qual ele atribui um sentido de *dóxa*: aquilo que é apreendido em determinado momento histórico como verdade óbvia ou evidência natural. Para o autor, “a experiência apreende o mundo social e suas arbitrárias divisões, a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, e adquire, assim, todo um reconhecimento de legitimação”.³⁴

Afirma, ainda, que “a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação; a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la”³⁵.

“O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o *Outro*.”³⁶

Sobre a alteridade, a filósofa francesa esclarece ainda que as coletividades se definem como Uma, a partir da alocação do Outro diante de si. Descreve que “para os habitantes de uma aldeia, todas as outras pessoas que não pertencem ao mesmo lugarejo são ‘outros’ suspeitos”.³⁷ Nessa alegoria, o homem ocupa a posição central, o ponto a partir do qual se observa e se constrói toda a realidade. É a visão androcêntrica da realidade que constrói a mulher. Ela é definida, portanto, a partir do olhar do homem e, não sendo igual a ele, é desviante.³⁸

Essa visão androcêntrica que determina as relações sociais se apresenta de modo muito particular no fenômeno do cárcere. A prática do encarceramento reproduz a lógica da dominação patriarcal já existente nos mais diversos espaços sociais, qualificada pela peculiaridade de que o *locus* da criminalidade,

³² Os dominados aplicam categorias construídas do ponto de vista dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as assim ser vistas como naturais. (Pierre BORDIEU, *A dominação masculina*, trans. Maria Helena Kühner. 13ª ed. (Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015), 46).

³³ Pierre Bordieu, *A dominação masculina*, trans. Maria Helena Kühner. 13ª ed. (Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015), 22.

³⁴ *Idem*, 17.

³⁵ *Ibidem*, 18

³⁶ Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo: Fatos Mitos*, trans. Sérgio Milliet. 2. ed. (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009), 17.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Assim como para os antigos havia uma vertical absoluta em relação à qual se definia a oblíqua, há um tipo humano absoluto que é o tipo masculino (Beauvoir, 16).

bem como o sistema que determina o encarceramento, é o *locus* por excelência do masculino.

Conforme demonstrou o Infopen Mulheres³⁹, as mulheres estão encarceradas majoritariamente em estabelecimentos mistos, projetados e construídos originariamente para abrigar homens. Em tais espaços, embora haja uma divisão entre o alojamento masculino e o feminino, o conjunto arquitetônico é único. Nesses limites, a estrutura de atendimento e a lógica da sua administração se aplica a todas as áreas, as quais são sustentadas a partir da perspectiva do confinamento masculino.

Apenas 7% dos estabelecimentos prisionais são voltados exclusivamente ao público feminino, o que não significa dizer que tenham sido pensados para abrigar mulheres. Em geral, são espaços criados para encarcerar homens, que foram (mal) adaptados para confinar mulheres.

Nesse contexto, não surpreende que apenas um terço das unidades prisionais exclusivamente femininas disponham de cela adequada para gestantes e um terço possua berçário, número que cai para 6% e 3% respectivamente, no caso de estabelecimentos mistos, que são 93% do total das unidades prisionais no país. A arquitetura também se configura, portanto, como um espaço representativo da dominação masculina.

O relatório “Nascer na prisão, gestação e parto atrás das grades”⁴⁰, demonstra com precisão as consequências dessa perspectiva que se imprime nas prisões de mulheres. Segundo o resultado da pesquisa, que se debruçou sobre a realidade de gestantes em situação de privação de liberdade, o acesso à assistência pré-natal foi inadequado para 36% das mães⁴¹, sendo que 8% delas relataram a demora no atendimento de mais de 5 horas, a contar do início do trabalho de parto. Durante o período de hospitalização 15% relataram ter sofrido algum tipo de violência física, verbal ou psicológica.⁴²

Dado estarrecedor foi o relato do uso de algemas na internação para o parto relatado por mais de um terço das mulheres, sendo que, em 8% dos casos⁴³, a mulher permaneceu algemada mesmo durante o parto, “não lhes tendo

³⁹ Ministério da Justiça, “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen Mulheres, Junho de 2014”, <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>, acesso em 04 de outubro de 2016.

⁴⁰ Maria do Carmo Leal *et al.*, “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil”, *in Ciênc. saúde coletiva* [online], 2016, vol.21, n.7, pp.2061-2070, <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.

⁴¹ O índice de atendimento adequado de mulheres fora do sistema prisional, atendidas pelo SUS, Sistema Único de Saúde, foi de 76%, segundo a pesquisa “Nascer no Brasil”. (Maria do Carmo Leal *et al.* “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil”, *in Ciênc. saúde coletiva* [online], 2016, vol.21, n.7, pp.2061-2070, <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.

⁴² *Idem.* 2061.

⁴³ *Ibidem.* 2066.

sido permitido os benefícios da deambulação e da livre movimentação que são recomendados para o melhor desempenho nessa ocasião”.⁴⁴

A apreensão da realidade da mulher a partir da perspectiva patriarcal assim como a lógica da dominação masculina criaram no ambiente do cárcere, ainda, uma outra realidade que causa assombro. Trata-se da chamada *revista vexatória*.

A revista vexatória é uma inspeção prévia à entrada nos presídios que consiste no desnudamento do sujeito diante de terceiros, com a exposição da vagina e ânus sobre um espelho, com o alegado propósito de garantir a segurança pública e evitar a entrada de objetos ilícitos ou proibidos no interior do estabelecimento prisional.

A prática constitui, evidentemente, ato ilegal e abusivo que fere diversos direitos consagrados constitucionalmente, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de submeter alguém a tortura ou tratamento desumano ou degradante, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra das pessoas e o princípio segundo o qual a pena não passará da pessoa do condenado. Além de constituir prova ilícita, donde decorre a ilegalidade do flagrante obtido mediante tal meio de prova.

Embora a revista vexatória seja uma prática que atinge as mulheres que pretendem adentrar nos presídios para visitar parentes ou amigos privados de liberdade, e não propriamente as mulheres já encarceradas, várias delas são presas em flagrante no momento dessa inspeção. A prática de revista vexatória e o flagrante dela decorrente são simbólicos da violência institucional a que são submetidas as mulheres.

A insistência na utilização desse procedimento cruel e degradante não reside na garantia da segurança pública. Embora mulheres e homens, crianças e idosos sejam submetidos à revista vexatória, ela é rigorosamente aplicada a mulheres. Daí porque não foi exterminada dos portões dos presídios. Ela é medida de controle dos corpos das mulheres, prática tão antiga quanto medieval, voltada a mulheres que ousam manter vínculos de afeto decorrentes de parentesco ou amizade com pessoas privadas de liberdade.

Michel Foucault, na Obra *Vigiar e Punir*⁴⁵, já assinalava que a fabricação de corpos ‘dóceis’ era um dos objetivos da disciplina: corpos submissos, disciplina essa que se aplicava nas prisões. O que há de singular nas inspeções íntimas é que a pretensão de criar corpos ‘dóceis’ ultrapassa os muros das prisões, e atinge os familiares do condenado, na prática de um ato que apresenta uma singularidade: o objetivo de atingir de modo especial e cruel os corpos das mulheres.

⁴⁴ Maria do Carmo Leal *et al.*, “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil”, in *Ciência e Saúde Coletiva* [online], 2016, vol.21, n.7, 2068, <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.

⁴⁵ Michel Foucault, *História da Sexualidade: A vontade do Saber*, trans. Maria Thereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhem Albuquerque (São Paulo: Editora Graal, 2010), 135.

No Antigo Regime se assinalava a indignidade da mulher⁴⁶, fundada, entre outros, no papel da mulher no pecado original, de onde se origina a ideia da impureza do seu corpo, sempre marcado por esta mancha original, a qual deve sempre ser lembrada e assumida. Porque carrega o pecado original, seu corpo deve ser sempre vigiado.

“A mulher é, antes de tudo, uma imagem. Um rosto, um corpo, vestido ou nu. A mulher é feita de aparências.” Essas são as palavras de Michelle Perrot⁴⁷ para descrever a importância do corpo para a mulher. O corpo é o caso das mulheres. No curso da história, segundo a historiadora, corpo dominado, subjugado, roubado e comprado. O uso do corpo da mulher para infligir crueldades ou subjugar o sujeito é tão antigo quanto se pode lembrar, a começar pelo uso do estupro como arma de guerra.

Não surpreende que o patriarcado tenha elegido o abuso institucionalizado do corpo da mulher para infligir pena aos condenados e sua família. Para Pierre Bourdieu⁴⁸, “o mundo social constrói o corpo como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizante”; assim, a diferença biológica entre os sexos é apreendida como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros. Desse modo, para o antropólogo, “inscrita nas coisas, a ordem masculina se inscreve também nos corpos através de injunções tácitas”, para reservar às mulheres os lugares inferiores, a submissão.

Percebe-se, assim, a partir do olhar sobre os dados de encarceramento feminino, que a ousadia da mulher criminosa, que trai a sua destinação cultural de permanecer no âmbito doméstico, do recato, da decência, do cuidado do lar, do marido e dos filhos, e que invade inadvertidamente o universo do masculino, condena essa mulher ao desprezo social, moral e institucional.

4. A VULNERABILIDADE QUE MARCA A MULHER

A pesquisa “Uso do Tempo e Gênero”, desenvolvida pelo Instituto de Pesquisas Econômicas - IPEA⁴⁹, já mencionada anteriormente, trouxe elementos para demonstrar que as mulheres são as principais responsáveis pelo cuidado com os filhos, doentes e idosos.

Historicamente, às mulheres foi atribuído o trabalho doméstico, do lar, do cuidado dos filhos. A ordem masculina, a partir da qual se interpretam os

⁴⁶ Antônio Manuel Hespanha, *Imbecillitas*. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime (São Paulo: Annablume, 2010), 105.

⁴⁷ Michelle Perrot, *Os excluídos da História: Operários, Mulheres, Prisioneiros*, trans. Denise Bottman (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010), 49.

⁴⁸ Pierre Bourdieu, *A Dominação Masculina*, 10 ed. (Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011), 18.

⁴⁹ Ipea. http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/170904_uso_do_tempo_e_genero.pdf

dados, os fatos e o mundo, impõe que o trabalho invisível e não remunerado seja encargo da mulher.

Assim, elas dedicam proporcionalmente mais tempo aos menores e ao trabalho doméstico, o que lhes priva de destinar seu tempo ao trabalho produtivo, aquele a que se atribui valor e é remunerado, aquele realizado no espaço público.

O especial pertencimento à esfera doméstica atribui ao feminino um sentido de imanência: as mulheres laboram em atividades repetitivas, de manutenção, de nutrição. Atuam em trabalhos domésticos compatíveis com a maternidade. As mulheres tecem e fiam. Os labores doméstico “encerram-na na repetição e na imanência; reproduzem-se dia após dia sob uma forma idêntica que se perpetua quase sem modificação através dos séculos. Não produzem nada de novo.”⁵⁰

Às atividades masculinas, ao contrário, se liga um sentido de transcendência: os homens criam instrumentos novos, inventam, forjam o mundo. “O caso do homem é radicalmente diferente; ele não alimenta a coletividade à maneira das abelhas operárias mediante simples processo vital, e sim com atos que transcendem sua condição animal”.⁵¹

O *poder simbólico*, que parte do paradigma do trabalho masculino para atribuir valor ao trabalho feminino, acaba por desmerecer o labor desenvolvido majoritariamente por mulheres.

Nas palavras de Pierre Bourdieu:

Inscrita nas coisas, a ordem masculina se inscreve também nos corpos através de injunções tácitas, implícitas nas rotinas da divisão do trabalho ou dos rituais coletivos ou privados (basta lembrarmos, por exemplo, as condutas de marginalização impostas às mulheres com sua exclusão dos lugares masculinos). As regularidades da ordem física e da ordem social impõem e inculcam as medidas que excluem as mulheres das tarefas mais nobres (conduzir a charrua, por exemplo), assinalando-lhes lugares inferiores (a parte baixa da estrada ou do talude), ensinando-lhes a postura correta do corpo (por exemplo, curvadas, com os braços fechados sobre o peito, diante de homens respeitáveis), atribuindo-lhes tarefas penosas, baixas, mesquinhas (são elas que carregam o estrume, e, na colheita das azeitonas, são elas que as juntam do chão, com as crianças, enquanto os homens manejam a vara para fazê-las cair das árvores), enfim, em geral tirando partido, no sentido dos pressupostos fundamentais, das diferenças biológicas que parecem estar assim à base das diferenças sociais.⁵²

⁵⁰ Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo: Fatos Mitos*, trans. Sérgio Milliet. 2. ed. (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009), 102.

⁵¹ *Idem.*

⁵² Pierre Bourdieu, *A Dominação Masculina*, 10 ed. (Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011), 34.

O confinamento histórico da mulher ao espaço doméstico determina e constitui historicamente as percepções daquele que pode ser considerado *capaz* de exercer trabalho produtivo, no caso, o homem – o homem enquanto provedor. A mulher, mesmo que se reconheça seu trabalho, e que seja ele um trabalho tão duro e cansativo quanto o do homem, é tomada como mera auxiliar, que desempenha trabalho eventual e complementar.

Desse modo, ao dedicarem a maior parte do seu tempo a um trabalho sem valor, acabam por se tornar uma categoria economicamente mais vulnerável, de modo especial se forem as únicas responsáveis pelo sustento dos filhos. Exemplificativo dessa situação é o fato de as mulheres receberem em média 70% do salário dos homens⁵³ e que existe uma sobre-representação na pobreza de famílias do tipo “mulher sem cônjuge” em que há presença de filhos.⁵⁴

Essa inter-relação entre gênero e vulnerabilidade se repete também no ambiente carcerário. O relatório do Inforpen Mulheres⁵⁵ levantou dados significativos a respeito de quem é a mulher privada de liberdade, e de modo muito especial, sobre a sua condição social. A mulher presa é em sua maioria jovem, negra, pobre, tem filhos, possui baixa escolaridade, é a responsável pelo sustento da família, e foi condenada por crime relacionado ao tráfico de drogas. Em 80% dos casos de encarceramento, há histórico de violência familiar ou estatal anterior à prisão.⁵⁶

Impressionantes 50% da população carcerária feminina possuem o ensino fundamental incompleto, e apenas 11% terminaram o ensino médio, o que revela o baixo grau de escolaridade desse grupo. 50% das detentas se encontram na idade entre 18 e 29 anos, e são solteiras⁵⁷.

Mais de dois terços são negras, grupo reconhecidamente mais vulnerável. O Brasil tem 55,6 milhões de mulheres negras, que chefiam 41,1% das famílias

⁵³ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Mulheres e Trabalho*: breve análise do período 2004-104, www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf, acesso em 06 de outubro de 2016.

⁵⁴ Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. *A Face Feminina da Pobreza*: sobre-representação e feminização da pobreza no Brasil, http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1137.pdf, acesso em 25 de janeiro de 2017.

⁵⁵ Ministério da Justiça, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, Infopen Mulheres Junho de 2014, disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>, acesso em 04 de outubro de 2016.

⁵⁶ Para o sociólogo Lindomar Wessler Boneti, a partir de um estudo elaborado na penitenciária feminina do Paraná, há evidente correlação entre vulnerabilidade, perda da autonomia, exercício de atividade de risco e prisão. (Lindomar Wessler Boneti, Ana Lúcia Langner, *A Construção Social do Crime*: o caso da penitenciária feminina do Paraná. Palestra proferida no XX Congresso Internacional de Sociólogos de Língua Francesa. Montreal: Université du Québec à Montreal, julho 2016).

⁵⁷ Ministério da Justiça, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, Infopen Mulheres Junho de 2014, disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>, acesso em 04 de outubro de 2016.

negras e recebem, em média, 58,2% da renda das mulheres brancas, de acordo com os dados de 2015 extraídos do Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. Entre 2003 e 2013, houve um aumento de 54% no número de assassinatos de mulheres negras, enquanto houve redução em 10% na quantidade de assassinatos de mulheres brancas. No quadro diretivo das maiores empresas no Brasil, as negras são apenas 0,4% das executivas – apenas duas num total de 548 executivos e executivas⁵⁸.

Sobre a marca da vulnerabilidade que acompanha o feminino, relevantes são os dados do Relatório Mulheres sem Prisão, elaborado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania⁵⁹, cuja pesquisa analisou 265 autos de prisão em flagrante de mulheres das cidades de São Paulo e Guarulhos.

Segundo o relatório, dados sobre o endereço de residência das detentas pesquisadas demonstraram que 12,4% delas declararam estar em situação de rua, ou seja, sem residência. Ainda, as quatro regiões da cidade de São Paulo que mais concentram o endereço das mulheres presas correspondem às regiões da cidade com maior número de domicílios em áreas de vulnerabilidade social alta ou muito alta, de acordo com o parâmetro do Atlas Socioassistencial.

A presença de filhos é marca característica dessa situação de desvantagem econômica. O relatório “Nascer na prisão, gestação e parto atrás das grades”⁶⁰ concluiu que a maioria das presas está em idade fértil e estima-se que 6% estejam grávidas. Ainda, mais de um terço das detentas tiveram quatro ou mais gestações e 20% tinham cinco filhos ou mais, sendo que 8% já tinham tido outro filho durante o encarceramento anterior. A pesquisa revelou, ainda, que 56% das mães declararam-se solteiras, sendo um terço delas chefes de família, ou seja, mulheres responsáveis pelo sustento de seus parentes e responsáveis pelo cuidado das crianças.

Dado crucial a respeito da *vulnerabilidade* das mulheres submetidas ao sistema prisional é, sem dúvida, aquele que se relaciona ao número de mulheres privadas de liberdade em virtude de crimes relacionados ao tráfico de drogas, no caso, mais de dois terços das detentas.

É que, embora desempenhem papel de menor relevância na ‘cadeia produtiva’ do tráfico⁶¹, circunstância que reproduz a desvantagem econômica

⁵⁸ Organizações das Nações Unidas - ONU, <https://nacoesunidas.org/onu-mulheres-brasil-nomeia-tais-araujo-como-defensora-dos-direitos-das-mulheres-negras/>.

⁵⁹ Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC. *Relatório Mulheres Sem Prisão*, 2016, <http://ittc.org.br/mulheresemprisao/>.

⁶⁰ Maria do Carmo Leal *et al.*, “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil”, in *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2016, vol.21, n.7, pp.2061-2070, <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.

⁶¹ Aunque los medios de comunicación y el sentido común reproduzcan el estereotipo de(a) traficante como un ser “malo” y “peligroso(a)”, a quién debe ser destinado el “derecho penal del enemigo” (Jakobs), es decir, el derecho penal sin salvaguardas existentes en el derecho penal del ciudadano, se sabe que

já reconhecida em outras esferas, estão proporcionalmente mais expostas ao encarceramento em razão desse tipo de delito do que os homens, condição responsável pelo aumento expressivo do número de mulheres em privação de liberdade. Assim, o aprisionamento em massa por crimes de tráfico de drogas impõe às mulheres no Brasil uma punição desproporcional, com repercussões de gênero.

“A deletéria política penal de *guerra às drogas* tem sido a grande responsável pelo aumento do encarceramento nos últimos anos”⁶² e tem produzido profundo impacto sobretudo para as mulheres. Desde 2000 até 2014, o aumento da população carcerária feminina foi mais que o dobro do crescimento do aprisionamento masculino.

Reproduzindo uma realidade existente em todo o continente americano⁶³, as mulheres presas por tráfico de drogas fazem parte do contingente de “*varejistas* do tráfico, ou seja, não auferem grandes lucros na atividade”⁶⁴ e não apresentam alta periculosidade. Em sua maioria são primárias, possuem bons antecedentes e nunca haviam portado armas⁶⁵. Muitas delas foram presas portando pouca quantidade de drogas, e se encontram no mais baixo nível da cadeia do crime organizado⁶⁶.

A aplicação de penalidades extensas, de regime de cumprimento da pena mais gravosos bem como a utilização em grande escala das prisões preventivas

la “guerra contra las drogas” se centra en los(las) distribuidores(as) del tráfico (“aviones”, “esticas”, “mulas” etc.), la mayoría preso(a) sin llevar armas. Esta era la situación exacta que encontramos en el Presidio Femenino de Piraquara (prisión de seguridad máxima) en la cual estas mujeres son tratadas como si fueran “muy peligrosas”, pero la mayor parte jamás se alzó en armas una vez en la vida, y son “minoristas” del tráfico, o sea, no han recibido grandes beneficios en la actividad. La mayor parte informa que el tráfico incluso llegó a ser un medio de supervivencia, la situación era tan precaria que máximo pagaban el alquiler, la comida, el agua, la luz, tan modesto, ya que casi todas vivían en barrios muy pobres. Los delitos de estas mujeres son delitos de personas indefensas que vivieron la mayor parte de su vida en la pobreza. (Katie Arguello; Mariel Muraro. *Las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en Brasil: las muchas caras de la violencia contra las mujeres*, Onati Socio - Legal Series , v. 5(2), 2015, 406.

⁶² Katie Arguello; Mariel Muraro. “Las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en Brasil: las muchas caras de la violencia contra las mujeres”, *Onati Socio - Legal Series*, v. 5(2), 2015, 406, (tradução livre).

⁶³ Organização dos Estados Americanos (OEA), *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*. Una guía para la reforma de las políticas en América Latina y el Caribe, <https://www.oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-ES.pdf>.

⁶⁴ Katie Arguello; Mariel Muraro. “Las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en Brasil: las muchas caras de la violencia contra las mujeres”, *Onati Socio - Legal Series*, v. 5(2), 2015, 406 (tradução livre).
⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Las mujeres encarceladas por delitos de drogas rara vez son una verdadera amenaza para la sociedad; la mayoría son detenidas por realizar tareas de bajo nivel pero de alto riesgo. Y sin embargo, están recluidas con sentencias excesivamente largas, cuando no en prisión preventiva. (Organização dos Estados Americanos (OEA), *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*. Una guía para la reforma de las políticas en América Latina y el Caribe, p. 10, <https://www.oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-ES.pdf>).

nos casos de crimes relacionado às drogas têm imposto às mulheres no Brasil uma punição desproporcional, com repercussões de gênero.

Percebe-se, portanto, que o lugar que a mulher ocupa na sociedade, marcado pela *vulnerabilidade*, é reproduzido na lógica do aprisionamento e cumprimento da pena. O modo peculiar como é aprisionada a mulher no país lhe sonega a condição de indivíduo, mediante a violação sistemática e institucionalizada de direitos humanos imposta pelo sistema carcerário brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Os dados a respeito do encarceramento feminino no Brasil revelam que a especial condição de *invisibilidade*, *alteridade* e *vulnerabilidade* a que estão submetidas as mulheres nos mais diversos espaços da sociedade se reproduz cruelmente no ambiente do cárcere.

Em significativos períodos da história recente, à mulher foi reservado o espaço privado, do lar, do recato, da maternidade. A circunstância de inadequação ao espaço público sujeita a mulher à especial condição de *invisibilidade*, a qual a acompanha inclusive no ambiente do cárcere.

Condicionamentos de ordem cultural e social imputaram à mulher singularidades relacionadas à sua saúde, à relação com a família, cuidado com os filhos, gravidez e amamentação, que se encontram à margem da perspectiva de tratamento adotado pelas unidades prisionais.

Pesquisas revelaram a precária mobilização das questões de gênero nos processos nos quais se decretou a prisão da mulher. A condição feminina é em geral invisibilizada e, quando mobilizada, é utilizada em prejuízo da mulher.

A condição de mulher presa impõe um distanciamento em relação à família e amigos, o que se comprovou em pesquisas sobre o parto nas prisões, situação em que a mulher não recebe a visita do pai da criança ou da família.

Quando a mulher ultrapassa o espaço da reclusão e passa a ser observada, ela é registrada a partir da perspectiva patriarcal, e a atenção que dispensa é reduzida por estereótipos.

A prática do encarceramento reproduz a lógica da dominação masculina já existente nos mais diversos espaços sociais, qualificada pela peculiaridade de que o *locus* da criminalidade, bem como o sistema que determina o encarceramento, é o *locus* por excelência do masculino.

As mulheres estão encarceradas majoritariamente em estabelecimentos mistos, projetados e construídos para abrigar homens. Nesses limites, a estrutura de atendimento e a lógica da sua administração são sustentadas a partir da perspectiva do confinamento masculino. A arquitetura também se configura como um espaço representativo da dominação masculina.

As consequências dessa perspectiva se imprime no tratamento dispensado a elas no momento da gravidez e do parto, ocasião em que o uso de algemas ocorre em mais de um terço dos casos.

A prática de revista vexatória e o flagrante dela decorrente são simbólicos da violência institucional a que são submetidas as mulheres. A insistência na utilização desse procedimento cruel e degradante não reside na garantia da segurança pública. Ela é medida de controle dos corpos das mulheres, prática tão antiga quanto medieval, voltada a mulheres que ousam manter vínculos de afeto decorrentes de parentesco ou amizade com pessoas privadas de liberdade.

As mulheres são as principais responsáveis pelo cuidado com os filhos, doentes e idosos. Elas dedicam proporcionalmente mais tempo aos menores e ao trabalho doméstico, o que as priva de destinar seu tempo ao trabalho produtivo, aquele a que se atribui valor e é remunerado. Acabam por se tornar uma categoria economicamente mais vulnerável, especialmente se forem as únicas responsáveis pelo sustento dos filhos.

A mulher presa é em sua maioria jovem, negra, pobre, tem filhos, possui baixa escolaridade, é a responsável pelo sustento da família, e foi condenada por crime relacionado ao tráfico de drogas.

Embora desempenhem papel de menor relevância na ‘cadeia produtiva’ do tráfico, estão proporcionalmente mais expostas ao encarceramento em razão desse tipo de delito do que os homens, condição responsável pelo aumento expressivo do número de mulheres em privação de liberdade. O aprisionamento em massa por crimes de tráfico de drogas impõe às mulheres uma punição desproporcional, com repercussões de gênero.

A ousadia da mulher criminosa, que trai a sua destinação cultural de permanecer no âmbito doméstico, do recato, da decência, do cuidado do lar, do marido e dos filhos, e que invade inadvertidamente o universo do masculino, condena essa mulher ao desprezo social, moral e institucional.

Compreender o sistema carcerário a partir de uma perspectiva de gênero é indispensável, portanto, para dar voz às mulheres, retirá-las da *invisibilidade* e ainda para orientar a busca de alternativas políticas e judiciais específicas para o combate à violência institucional que caracteriza o aprisionamento feminino.

REFERÊNCIAS

Arendt, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a Banalidade do Mal*. Tradução José Roberto Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Arguello, Katie; Muraro, Mariel. “Las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en Brasil: las muchas caras de la violencia contra las mujeres”. *Onati Socio - Legal Series*, v. 5(2), 2015.

Bauman, Zigmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

Beauvoir, Simone. *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*. Translated Sérgio Milliet. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

Beauvoir, Simone. *O Segundo Sexo: A experiência vivida*. Translated Sérgio Milliet. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

Boneti, Lindomar Wessler. LANGNER, Ana Lúcia. *A Construção Social do Crime: o caso da penitenciária feminina do Paraná*. Palestra proferida no XX Congresso Internacional de Sociólogos de Língua Francesa. Montreal: Université du Québec à Montreal, julho 2016.

Bourdieu, Pierre. *A Dominação Masculina*. Translated Maria Helena Kühner, 13ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

Campos, Carmen Hein de. *Criminologias Feministas: três possibilidades para a configuração de um campo de estudo*. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c112115f1c81e4f4. Acesso em 04 de outubro de 2016.

Davis, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Translated Heci Regina Candiani. 1ª ed., São Paulo: Boitempo, 2016.

Folha De São Paulo. *Um terço dos brasileiros culpa mulheres por estupros sofridos*. São Paulo, 21/09/2016. Disponível em <http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1815301-um-terco-dos-brasileiros-culpa-mulheres-por-estupros-sofridos.shtml?cmpid=twfolha>.

Foucault, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Translated Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 135.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Mulheres e Trabalho: breve análise do período 2004-104*. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf. Acesso em 06 de outubro de 2016.

Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, ITTC. *Relatório Mulheres Sem Prisão*, 2016, disponível em: <http://ittc.org.br/mulheresemprisao/>.

Langner, Ana Lúcia. *“A visita da família na penitenciária feminina do Estado do Paraná: relação com o contexto prisional, escolaridade e condição social”*. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2016.

Leal, Maria do Carmo *et al*. Nacer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *In Ciênc. saúde coletiva [online]*. 2016, vol.21, n.7, pp.206 -2070. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.

Lemgruber, Julita. *Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

Mill, John Stuart. *A Sujeição das Mulheres*. Translated Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, Infopen Mulheres. Junho de 2014. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>.

Organização dos Estados Americanos (OEA). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*. Una guía para la reforma de las políticas en América Latina y el Caribe, disponível em <https://www.oas.org/es/cim/docs/Women-Drugs-Incarceration-ES.pdf>.

Perrot, Michelle. *Minha História das Mulheres*. Translated Angela M. S. Corrêa. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2016.

Sá, Priscilla Placha. “Eles (não) são Recicláveis”. *In Revista da Faculdade de Direito* n° 53. UFPR. Curitiba.

Wollstonecraft, Mary. *Reivindicação dos Direitos da Mulher*. Translated Ivania Pocinho Motta. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

CAPÍTULO 15

O ESTADO BRASILEIRO PODE SER RESPONSABILIZADO INTERNACIONALMENTE PELA OMISSÃO EM CRIMINALIZAR A LGBTIFOBIA?

*Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia
Rainer Bomfim*

RESUMO: Analisa a ordem jurídica internacional dos direitos humanos, particularmente, no nível interamericano para ver a possibilidade do ajuizamento, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de denúncia de demora injustificada na criminalização da LGBTIfobia por parte do Estado Brasileiro, uma vez que o Brasil é signatário de diversos tratados e acordos internacionais que obrigam este a legislar e coibir formas de LGBTIfobia no território nacional. Além disso, a Constituição da República de 1988 que inaugura o Estado Democrático de Direito preconiza pelo Direito fundamental da Igualdade e da “não-discriminação” por parte do Estado. Para tanto parte-se da hipótese de que o Brasil se encontra em mora que viola a Constituição e Normas Internacionais de Direitos Humanos. A metodologia é descritiva: a partir de normas e textos constrói-se o argumento do texto que conclui pela possibilidade de que o Brasil seja demandado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão.

PALAVRAS-CHAVE: LGBTIfobia, omissão legislativa, Poder Judiciário, Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

Analisa-se violação constitucional ao direito fundamental da igualdade (artigo 5º - CR/88) e da garantia da “não discriminação” (artigo 3º, IV - CR/88) e além disso da violação de documentos e tratados internacionais de que o Brasil é signatário. Essa violação acontece pela inexistência de uma norma que regulamente a LGBTIfobia no Estado brasileiro. Isso mostra uma omissão legislativa, pois não é a decisão negativa de uma proposta que está em pauta, mas sim a omissão completa em apreciar a questão, uma vez que não houve uma resposta para a demanda quando ela foi apresentada e tramitou (no caso do PLC122/06) durante mais de dez anos no Congresso Nacional. Todos os debates e discussões havidos em razão do PLC 122/06 se perderam e foi necessário recomeçar do zero: há projetos que hoje tramitam sobre a matéria que têm pouquíssimas chances de avançar.

Os paradigmas tradicionais de Estado¹ e a consequente configuração dos direitos fundamentais que os acompanha encontram-se superados, pois incapazes de oferecer respostas idôneas às demandas da atualidade. Tanto o Estado Liberal, com suas Declarações (meramente) formais de Direitos quanto o Estado de Bem-Estar Social – com sua proposta de materialização homogeneizante e burocrática – se mostram hoje falhos em possibilitar o reconhecimento de grupos minoritários que se auto-reconhecem por critérios de cor, raça, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero etc. e que demandam o reconhecimento de sua diversidade ou que, de toda sorte, são colocados em situação de subalternidade (como os citados acima, mas também outros, como as mulheres) e, por isso, também precisam que o Estado adote políticas especiais/específicas.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, então, se coloca como possível resposta às dificuldades não solucionadas pelos anteriores, já que toma a diversidade e a crise como componentes normais da democracia e pode oferecer respostas aos atuais “problemas” de desagregação social, hipercomplexidade e lutas por reconhecimento, já que trabalha com a tensão entre democracia (como vontade da maioria) e constitucionalismo (como proteção às minorias), fundamental para compreendermos o papel do Direito e dos Poderes Públicos na atualidade. Habermas alerta para o perigo que pode significar para uma democracia o momento em que fique claro para o cidadão que eles não “têm chances de ainda terem seus direitos contemplados diante dos tribunais, assim que os eleitores não acreditem que com seu voto possam influenciar em alguma medida a política do governo, o direito terá se transformado num instrumento de controle comportamental e a decisão democrática da maioria em um irrelevante espetáculo de ilusão ou auto-ilusão”²

¹ Valemo-nos da noção de **paradigma**, a partir de Thomas Kuhn (*In*: “A Estrutura das Revoluções Científicas”), o qual salienta a historicidade e descontinuidade do conhecimento científico pela alteração de paradigmas. Transpondo para o Direito, Habermas defende que as diferentes conformações que as ordens jurídicas possuem não se devem apenas à forma como foram consagrados os direitos fundamentais, nelas “se reflejan también paradigmas jurídicos distintos” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 263). Assim, no que tange aos princípios do Estado de Direito e dos Direitos Fundamentais, um paradigma jurídico mostra como aqueles não de ser compreendidos no interior de uma dada comunidade jurídica. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo Enfocado da Ótica do Administrado para uma Reflexão acerca dos Fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 1, março 2001, p. 11-20.

² HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 47, março 1997, p. 86. Ver também: BAHIA, Alexandre. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade *In*: Cândice L. Alves; Thereza Cristina Bohlen B. Marcondes.

A **luta pelo reconhecimento**³ do **direito à diversidade** relacionado a orientações sexuais e identidades de gênero “divergentes” (de algo que o Estado-nação moderno original e o Direito convencionaram como padrão) encontra grandes dificuldades e resistências nos cânones tradicionais do direito.

O Estado-nação tradicional impõe uma homogeneidade racial, social e também sexual a seus cidadãos; qualquer “desvio” é rechaçado⁴. Quanto às normas sexuais, podem ser lembradas as normas de caráter sexista baseadas na virgindade e “honestidade” da mulher presentes tanto em leis civis quanto penais; o mesmo se diga da instituição do casamento, pressuposto como única forma legítima de união e com finalidades procriativas e patrimoniais – sendo que qualquer outro arranjo não deveria ser reconhecido –, isso quando também não lhe eram impostas sanções diretas. Quando a questão é levada para o âmbito de orientações sexuais e identidades de gênero que não se encaixam no modelo de *normalidade* suposto para o funcionamento dos sistemas do Estado e do Direito, a questão se torna ainda mais complexa, havendo não raro normas que punem formas de exteriorização dessas sexualidades. Falar-se, então, em reconhecimento de direitos, e, inclusive, em punição daqueles que comentem atos de violência contra os “divergentes” constitui-se em um grande desafio.

A violência em razão do gênero ainda é uma realidade mesmo após tantos anos de existência de “Delegacias da Mulher”; prova disso é a própria aprovação da Lei Maria da Penha e mais, a necessidade de sua alteração face o notório descumprimento da mesma.

No Brasil há um quadro tradicional de segregação e do não reconhecimento de orientações sexuais e identidades de gênero minoritárias, o que viola a Constituição de 1988 e seu compromisso com o pluralismo e a inclusão, inclusive com seu compromisso face às normas/instituições internacionais de Direitos Humanos.

Por outro lado, a América Latina se converteu, há muitas décadas, em um fenomenal, complexo e ativo laboratório-mundo de experiências sociais. Isto se dá por meio de diversas manifestações que colocam em evidência a necessidade de construção de um Estado Social, Plural, Multiétnico e Democrático de Direito, que possa superar as tradições arraigadas de desigualdades sociais e jurídicas existentes que padronizam comportamentos e homogeneizam comportamentos e modos de vida “aceitáveis”, relegando à subalternidade os que

(Org.). *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327.

³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

⁴ Sobre isso: HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 26, p. 100-113, mar. de 1990; HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação Europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 43, p. 87-101, novembro 1995.

não se “encaixam” (*outsiders*)⁵. Não apenas isso, a violência contra os que insistem em fugir de padrões pré-estabelecidos é também física (e não apenas moral, resultante da exclusão), exteriorizada em mortes, mutilações e lesões.

A violência contra gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros (LGBTI) se mostra particularmente contraditória quando lembramos todo o arcabouço de direitos e garantias adquiridos e/ou renovados com a Constituição de 1988. Além disso e principalmente em razão daquela, o Brasil vem nos últimos anos se filiando a sua série de Documentos Internacionais de Direitos Humanos que, direta ou indiretamente, cobram do País uma postura clara e objetiva contra a violência LGBTIfóbica. O que se vê, ao contrário do que dispõem a Constituição e os Documentos Internacionais de Direitos Humanos, são números alarmantes de violência contra os LGBTI, sem que se identifiquem ações concretas contra isso – notadamente do Legislativo Federal.

O conjunto normativo de prevenção e/ou de detecção, investigação e punição da violência existente no Brasil não é capaz de contornar aquela realidade. Faltam instrumentos especiais que tratem da questão de forma específica, como é hoje feito quanto ao racismo em geral (com a lei 7716/89) ou a violência doméstica (com as Delegacias Especializadas da Mulher e a Lei Maria da Penha); tal necessidade advém do grande número de casos de violência especificamente dirigida à população LGBT; é dizer: há uma motivação e um “modus operandi” específicos na violência LGBTIfóbica que precisam de tratamento específico.

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito e como partícipe de sistemas internacionais e regionais de Direitos Humanos se encontra hoje em situação de omissão objetiva e clara quanto à prevenção e repressão da violência LGBTIfóbica, reclamando da Academia estudos que possam dimensionar o problema trazendo dados que subsidiem ações junto aos Poderes Públicos nacionais e mesmo Internacionais (como a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos).

A questão se torna ainda pior uma vez que o Judiciário brasileiro não aplica o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, haja vista a sua decisão no caso do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS em que declarou a existência

⁵ Cf. GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar, ROUX, Theunis (Eds.) *Courts And Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate Publishing Limited, 2006; SANTOS, Boaventura de Sousa. 2007 La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional en OSAL. Buenos Aires: CLACSO Ano VIII, N°. 22, septiembre 2007; (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; DELGADO PARRA, María C. *Emergencia de ciudadanía desentrañadas en un mundo global: un ejercicio de iteraciones democráticas*. Editorial Académica Española, 2012.

de um *Racismo Social* que deve ser combatido⁶ – como veremos mais à frente há duas ações atualmente no STF pedindo, justamente, a equiparação da homotransfobia ao racismo tomando-se os supostos do *Habeas Corpus* citado.

O presente trabalho se desenvolve da seguinte forma, a primeira parte aborda uma breve introdução do tema e a situação da população LGBT no Brasil apresentado como os Poderes da República brasileira tratam a temática LGBT. No segundo momento, trabalha-se as normas internacionais sobre a temática LGBT. No terceiro momento, apresenta-se a conclusão do trabalho.

A SITUAÇÃO DA POPULAÇÃO LGBT NO BRASIL

Entre os vários desafios de consolidação do Estado Democrático de Direito destacam-se o reconhecimento do pluralismo e da diversidade. Ao contrário dos paradigmas de Estado anteriores, que pressupunham a homogeneidade social, racial, religiosa, e/ou de padrões “normais” de sexualidade,⁷ o Estado Democrático de Direito toma a heterogeneidade, o pluralismo e a diversidade não apenas como dados, mas como elementos essenciais justamente para a constituição do Estado e para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais. A diversidade cria um espaço que possibilita o debate para possíveis soluções aos problemas sociais-políticos-jurídicos de um Estado e não um problema que deva ser eliminado pela construção da ideia de “um povo homogêneo”. Agora, ao se partir da pluralidade e da diversidade – ao invés de desconsiderá-las, como os liberais ou de tentar eliminá-las, como os defensores do Estado-Providência –, o Estado Democrático de Direito pode lidar melhor com a luta pelo reconhecimento das minorias, luta que envolve igualdade como isonomia (igualdade perante a lei), igualdade como equidade (ou igualdade material) e igualdade como diversidade (que percebe que grupos se auto-atribuem traços distintivos e que tais devem ser preservados).⁸

⁶ O “racismo social” é definido como a utilização de estigmas que atentam contra os princípios que se organizam a sociedade humana, baseada na respeitabilidade, na dignidade do ser humano e no seu direito a convivência pacífica no meio social.

⁷ Ver: BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 882, p. 45-60, abr. 2009; AMBROSE, Tom. *Heróis e Exílios: ícones gays através dos tempos*. Belo Horizonte, Gutenberg, 2011; BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

⁸ BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. *Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374; BAHIA, Alexandre. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice Lisbôa Alves; Thereza Cristina Bohlen Bittencourt Marcondes. (Org.).

Dentro do que se pode chamar de “direito à diversidade”, uma questão específica nos chama a atenção e sobre a mesma será direcionada a pesquisa: trata-se da diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero⁹ e a violência decorrente da discriminação e do não-reconhecimento daquelas tidas como “divergentes” – tais questões encontram dificuldades teóricas e práticas em Estados que partem, em sua constituição, de “normalidades” e padrões homogeneizadores.

Particularmente, enfrenta-se, no Brasil, um quadro de segregação social decorrente de discriminações por orientação sexual e identidade de gênero que é agravado pelos sucessivos casos de violência, o que pode ser visto em dados oficiais de notificação de agressões e mortes. Contudo, ainda que haja tais dados, isso ainda representa uma fração muito pequena da violência que acomete lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transgêneros, pois, além de outros fatores, ainda é muito recente e desconhecido da maioria dos membros desta comunidade. Some-se a isso a hipótese de subnotificação/subpunição que se pretende também comprovar na pesquisa.

Tal constatação viola a Constituição de 1988, justamente aquela chamada de “cidadã” e que tantos avanços vem proporcionando para o constitucionalismo e para a democracia brasileiros; violam-se *e.g.*, o direito à não-discriminação, que é um objetivo fundamental da República (art. 3º, IV) e o direito de igualdade (art. 5º, *caput*) – compreendida esta não apenas como isonomia mas também como direito à diversidade¹⁰. Complementarmente, há vários Documentos Internacionais (dos quais o Brasil faz parte) prevendo, explícita ou implicitamente, a necessidade dos países preverem mecanismos específicos que possibilitem a prevenção e a adequada repressão à LGBTIfobia.

Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327.

⁹ As expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” podem ser definidas de várias formas e é importante a lembrança de Alexandre Bortolini no sentido de que qualquer tentativa de conceituação e de classificação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural. De toda sorte, apenas para dar os contornos sobre o que se pretende com as expressões acima, pode-se definir orientação sexual diz respeito à “atração, o desejo sexual e afetivo que uma pessoa sente por outras”. Assim, de forma simplificada podem ser enumeradas as orientações homossexual, heterossexual e bissexual. Já a “identidade de gênero” (ou identidade sexual) “tem a ver com como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço” (BORTOLINI, Alexandre. (coord.). *Diversidade Sexual na Escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008, p. 8-9). Classificados os seres humanos sob este aspecto se pode falar em: gênero masculino, gênero feminino e transgêneros (travestis e transexuais).

¹⁰ “Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza e o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (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. 458). Ver também: MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Direito à diversidade e o Estado Plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

A população LGBTI é vítima constante de agressões e segregações sociais decorrentes de discriminações por orientação sexual e identidade de gênero – como mostram alguns dos dados abaixo –, sendo que não existe uma norma no país que proteja essa população de forma específica – isto é, que crie instituições e sanções que façam frente à violência específica que aquela população sofre. Isso é o oposto do que proposto pelo Estado Democrático de Direito, que após a Constituição Cidadã de 1998, consagrou a igualdade em três âmbitos para poder lidar melhor com o reconhecimento de Direitos às minorias – sendo concebido a luta de Direitos que envolve igualdade como isonomia (igualdade perante a lei), igualdade como equidade (ou igualdade material) e igualdade como diversidade (que percebe que grupos se auto-atribuem traços distintivos e que tais devem ser preservados).¹¹

Ao contrário do que é consagrado pelos Tratados Internacionais e pela própria Constituição da República, as principais tentativas para a criminalização da LGBTIfobia foram arquivadas pelo Congresso nacional, sendo o mais emblemático o arquivamento, em 2015, do Projeto de Lei da Câmara 122 que tratava sobre o tema e tramitou por mais de dez anos.

Apesar dos dados e das denúncias e do que o Sistema Jurídico ordenam, não há ações concretas por parte dos Poderes Públicos que possam contornar a situação. Falta uma legislação federal (inclusive porque o Projeto que tratava disso foi arquivado) que, a exemplo do combate ao racismo (em suas variadas formas) e à violência doméstica, possa cuidar da questão de forma eficiente e adequada. Abre-se a hipótese, como dito, de que a situação de impunidade em tais casos, somada à vulnerabilidade/marginalidade¹² social, econômica e jurídica de parte da população LGBT (principalmente dos/das travestis) gere uma subnotificação aos órgãos oficiais, tanto porque estes não são procurados, como também porque, mesmo quando o são, não há a devida classificação dos fatos como envolvendo LGBTIfobia, a despeito da tal violência ter traços bem típicos. Como já notado em Relatório do Comitê de Direitos Humanos da ONU:

Homophobic and transphobic violence has been recorded in all regions. Such violence may be physical (including murder, beatings, kidnappings, rape and

¹¹ BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. *Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374; BAHIA, Alexandre. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice Lisbôa Alves; Thereza Cristina Bohlen Bittencourt Marcondes. (Org.). *Liberdade, Igualdade e Fraternalidade: 25 anos da Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327.

¹² Cf. SOUZA, Jessé. (Não) Reconhecimento e Subcidadania, ou o que é “Ser Gente”? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 59, 2003, p. 51-73.

sexual assault) or psychological (including threats, coercion and arbitrary deprivations of liberty). These attacks constitute a form of gender-based violence, driven by a desire to punish those seen as defying gender norms. (...) In addition to 'street' violence and other spontaneous attacks in public settings, those perceived as LGBT may be targets of more organized abuse, including by religious extremists, paramilitary groups, neo-Nazis and extreme nationalists. Young LGBT people and those of all ages who are seen to be transgressing social norms are at risk of family and community violence. Lesbians and transgender women are at particular risk because of gender inequality and power relations within families and wider society.¹³

Uma pesquisa que envolvesse o levantamento de dados de todos os casos de LGBTIfobia havidos no País seria inviável, a menos que se delimitem prazos iniciais e finais que compreendam um curto espaço de tempo, ao mesmo tempo que se indiquem previamente as fontes dos dados; donde ter-se-á uma amostragem da situação.

Não sendo o bastante, segundo o "Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: o ano de 2011"¹⁴ do Governo Federal, de janeiro a dezembro de 2011 foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBT, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos¹⁵. Além disso temos outros dados trazidos pelo Grupo Gay da Bahia:

Em 2010, 260 gays, travestis e lésbicas foram assassinados no Brasil. De acordo com um relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB) [...] a cada um dia e meio um homossexual brasileiro é morto. Nos últimos cinco anos, houve aumento de 113% no número de assassinatos de homossexuais. Apenas nos três primeiros meses de 2011 foram 65 assassinatos.¹⁶

O "Disque 100" recebe denúncias de violação a Direitos Humanos, entre eles, violência de natureza LGBTIfóbica. Também desde aquele ano

¹³ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender*. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_english.pdf>.

¹⁴ BRASIL. SEDH. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011*. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2012. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-2011-1>>.

¹⁵ BRASIL. SEDH. *Número de denúncias de violência homofóbica cresceu 166% em 2012, diz relatório*. Ver: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>>.

¹⁶ JINKINGS, Daniella. A cada 36 horas, um homossexual é morto no Brasil. *Agência Brasil*, 4 de abril de 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-04/cada-36-horas-um-homossexual-e-morto-no-brasil>>. Ver também: MOTT, Luiz. *Causa Mortis: Homofobia - Violação dos Direitos Humanos e Assassinato de Homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>.

funciona, vinculado à Polícia Civil de Minas Gerais, o “NAC/LGBT” – Núcleo de Atendimento e Cidadania à População de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Esses números trazem constatações de grande importância: a primeira diz respeito ao padrão de sobreposição de violências cometidas contra indivíduos dessa população. Os dados revelam uma média de 3,97 violações sofridas por cada uma das vítimas, o que parece indicar como a LGBTIfobia se faz presente no desejo de destruição (física, moral ou psicológica) não apenas da pessoa específica das vítimas, mas também do que elas representam – ou seja, da existência de pessoas LGBTI em geral. Dessa forma são recorrentes, por exemplo, os casos em que não apenas o indivíduo sofre violência física, com socos, pontapés ou pior, mas também uma variedade de formas de violência psicológica, por meio de humilhações e injúrias.

A segunda constatação trazida pelo Relatório é o maior número de suspeitos em relação ao de vítimas. A diferença chega ao patamar de 32,8%, o que sugere o caráter de tais violências são cometidas por mais de um agressor ao mesmo tempo, sendo que grupos de pessoas que se reúnem para agredir homossexuais ou travestis são um exemplo comum deste tipo de crime.

No caso de pessoas “trans” (travestis e transexuais) o quadro é muito mais alarmante. No ano de 2017 a ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) mapeou os casos de morte provocada por transfobia no Brasil: foram 179 mortes, o que torna o Brasil campeão absoluto nesse tipo de crime e mostra que, mesmo dentro da minoria LGBTI há alguns que são vítimas com mais frequência:

Segundo a Antra, 45% dos assassinatos de LGBT são de pessoas trans, essa parcela da população brasileira tem 9 vezes mais chances de ser morta, a expectativa de vida de uma Mulher Transexual ou de uma Travesti é de apenas 35 anos, 80% dos assassinatos não tem ligação com a vítima e 95% destes assassinatos apresentam requintes de crueldade.¹⁷

O presente cenário se torna ainda mais preocupante ao se levar em conta a subnotificação que existe quanto a esses crimes quando comparados com os de violência no geral, pois não existe uma tipificação penal para a LGBTIfobia, além de toda uma estrutura de discriminação sofrida por essa população. Mesmo quando há notificação de violência ela, por vezes, não faz constar a motivação LGBTIfóbica, o que impede que haja números mais precisos sobre o problema no Brasil, sendo certo que os poucos dados que estão disponíveis

¹⁷ UOL. Brasil lidera ranking de mortes de travestis e trans; um é morto a cada 48h. 09.01.2018. Disponível em: <<https://estilo.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2018/01/09/brasil-lidera-ranking-de-mortes-de-travestis-e-trans-um-e-morto-a-cada-48h.htm>>.

refletem apenas uma parcela do universo de violência e discriminações da população LGBTI.

Sendo assim, dada a realidade apontada e considerando que Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais os quais dizem expressamente que o Brasil deve combater a discriminação, promover a diversidade e garantir a igualdade formal para os cidadãos, o país se encontra em um estado de “mora legislativa” que o coloca na condição de descumpridor de obrigações internacionais no sistema internacional de direitos humanos.

Tramitava no Congresso Nacional o PLC. 122/2006, que foi aprovado na Câmara dos Deputados. O intuito do projeto era agravar as penalidades para os crimes do Código Penal (os artigos eram 61, 121, 129, 136, 140 e 286), em todas as tipificações as alterações aumentava a pena se as vítimas fossem LGBT. O projeto de Lei tratava, definia e punia em oito artigos o crime de LGBTIfobia nas relações de consumo, no serviço público e no mercado de trabalho. Entretanto, em 2015 o projeto foi arquivado por falta de tramitação. O que já mostra a omissão legislativa no que tange ao tema.

Atualmente, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal há alguns Projetos e Sugestões populares mas com poucas chances de aprovação no curto prazo. Podem ser citados, no Senado: PLS. 457/11, PLS. 150/15, SUG 5/2016, SUG. 42/17; na Câmara: PLC. 1959/11, PLC. 7582/14, PLC. 2138/15, PLC. 5452/16, PLC. 5944/16, PLC. 6825/17, PLC. 7292/17 e PLC. 7702/17.

Com a realidade do preconceito institucionalizado, dada a existência de diversos relatórios, as diversas demandas, a omissão do Legislativo em efetivamente debates e aprovar medidas e a jurisprudência do STF na existência do *racismo social* consagrado pelo HC 82.424/RS, foram ajuizados o MI. 4733 e a ADO. 26 no Supremo Tribunal Federal (STF) que visam a equiparação do crime de LGBTIfobia ao crime de racismo. Logo, pede-se ao Judiciário propor ao Poder Legislativo a criação de uma lei que equipare a LGBTIfobia com o racismo, caso isso não ocorra, que o próprio Judiciário edite uma *norma* regulando o tema até a positivação pelo Legislativo. Entretanto, essas ações encontram-se em tramitação e sem nenhuma perspectiva de quando serão julgadas pelo STF. As ações se devem à omissão inconstitucional do Legislativo, pois que, não havendo no horizonte próximo qualquer outra iniciativa sobre o tema com chances de ser aprovada no curto/médio prazo, foram interpostas aquelas ações que visam, justamente, que o Tribunal declare a omissão do Brasil em criminalizar aquele tipo de violência face ao que determinam a Constituição brasileira e Documentos Internacionais de que o Brasil é signatário - mais especificamente, que se declare a omissão de não aprovar projeto de lei que busque equiparar a LGBTIfobia àqueles crimes já previstos na lei 7716/89, que trata do racismo. Segundo as ações a “lei de racismo” (lei 7716/89) constitui uma lei geral contra todas as formas de discriminação - tanto é assim que

não circunscreve o racismo apenas a raça e cor, mas estende a proteção contra outras formas de discriminação como a religião, por exemplo. Dessa forma, sustentam a tese de que, seguindo-se a *ratio decidendi* fixada no paradigmático HC. 82424 (STF, Pleno, RTJ 188/858), logo, deve-se entender que “[r]acismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo – implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero)”. Argumenta-se que há um mandamento constitucional para que o Brasil puna todas as formas de discriminação (art. 3º, IV), incluídas aí as de conteúdo racista (art. 5º, XLII) e quaisquer que sejam atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). E que, da forma como está hoje, já se reconheceu uma proteção especial contra violências decorrentes de cor, raça, procedência nacional e religião (na lei de racismo), violência doméstica (na lei Maria da Penha), menores (ECA), idosos (Estatuto do Idoso); contudo, vive-se um estado de “proteção deficiente”, pois que há uma outra minoria que é alvo de constantes violências de toda ordem que se encontra desprotegida de mecanismos eficazes de proteção das vítimas e punição dos agressores. Em ambas se pede que o Congresso Nacional edite uma norma sobre o tema (pedido principal); subsidiariamente, que o STF produza uma “norma temporária” até que haja supressão da omissão legislativa.

NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APLICÁVEIS E PRECEDENTES DA COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANAS

Em consonância do déficit apresentado, o Brasil aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica em 1992, de forma os Países-membro se comprometem a respeitar e a cumprir o regimento dessas Instituições, sendo que reconhecem legitimidade das decisões proferidas por esses órgãos, o que implica presar por promover a proteção internacional dos Direitos Humanos, que, no âmbito regional, é feito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Sobre a questão da proteção da minoria LGBTI há inúmeras Normas Internacionais que trazem tal questão de forma mais direta ou indireta:

I) Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958), em seu artigo 1º. Esta norma não proíbe expressamente a discriminação com base na orientação sexual, entretanto possibilita aos Estados-parte acrescentar normas adicionais.

II) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965): “Considerando que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação” e seu Art. 1º. “(...) a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo pleno (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida.

III) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), artigos 2 e 26.

IV) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que é Resolução da ONU, datada de 1981. O tratado em questão é uma importante norma jurídica quanto se trata dos casos que envolvem discriminação contra mulheres, bissexuais, lésbicas e transgêneros.

V) Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984.

VI) Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, no artigo 2º. A importância da referida convenção é que nela se faz a referência quanto à discriminação de crianças por orientação sexual ou quando crianças tem pais homossexuais.

VII) Há alguns casos relevantes no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)¹⁸. Em fevereiro/2012 o TEDH confirmou decisão do Judiciário sueco que condenou 4 cidadãos a pagar multa por manifestações homofóbicas: panfletos que alegavam que a homossexualidade era um desvio sexual, que teria um efeito moralmente destrutivo nas bases da sociedade e que era responsável pela expansão do HIV. A defesa deles era que eles não queriam “desprezar os homossexuais”, mas promover um debate sobre a educação sueca. O Judiciário sueco os condenara entendendo que havia no discurso deles “desprezo” e os condenou por agitação contra um grupo por motivo de sua nacionalidade ou etnia. O TEDH deixou claro que a liberdade de expressão tem limites e um deles é a reputação e o direito dos outros¹⁹

¹⁸ No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos há várias decisões garantindo o direito à livre orientação sexual e vedação à discriminação: *Dudgeon v. United Kingdom* (1981); *Norris v. Ireland* (1991); *Modinos v. Cyprus* (1993); *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (1999); *Smith and Grady v. United Kingdom* (1999); *Goodwin v. United Kingdom* (2002); *Van Kuck v. Germany* (2003); *Karner v. Austria* (2003); *L. and V. v. Austria* (2003).

¹⁹ Conforme noticiado pelo jornal “EL PAÍS” (BENITO, Emilio de. La homofobia no está protegida por la libertad de expresión. *El País*, 09.02.2012. Disponível em: <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/09/actualidad/1328801278_987970.html>).

IX) Em 2008 foi aprovada uma Declaração da ONU condenando violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Na Declaração (A/63/635, de 22 de dezembro de 08)²⁰ os Estados *condenaram* “as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar [...]. Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção”.

X) Em 17/11/2011 o Conselho de Direitos Humanos em seu Informe Anual publicou o Documento: “*Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*” (A/HRC/19/41)²¹. Nele se reafirmam os princípios da universalidade (dos direitos humanos), da igualdade e da não-discriminação, que parecem deixar claro que leis, ações ou omissões governamentais contra os LGBT configurariam violação da DUDH e documentos correlatos. São listadas várias formas de violência (física e simbólica) e discriminação ainda perpetradas contra LGBTI no mundo e, ao final, são feitas Recomendações aos Estados-parte²².

²⁰ ONU. Asamblea General. A/63/635. *Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. Letter dated 18 December 2008 from the Permanent Representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, the Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly*. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2009/03/un-document-on-sexual-orientation.pdf>>.

²¹ Trata-se de um estudo que teve como finalidade “documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos podía aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género” (Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_sp.pdf>).

²² “La Alta Comisionada recomienda que los Estados Miembros: a) Investiguen rápidamente todas las denuncias de asesinatos y demás actos graves de violencia perpetrados contra personas por su orientación sexual o identidad de género real o supuesta, en público o en privado por agentes estatales o no estatales, exijan responsabilidades a los autores y establezcan sistemas de registro e información al respecto; b) Adopten medidas para prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por la orientación sexual o la identidad de género, investiguen exhaustivamente todas las denuncias de tortura y malos tratos y enjuicien y exijan responsabilidades a los responsables; c) Velen por qué no se devuelva a ninguna persona que huya de la persecución por su orientación sexual o identidad de género a un territorio donde su vida o libertad estaría amenazada y que las leyes y las políticas de asilo reconozcan que la persecución por la orientación sexual o la identidad de género puede ser un motivo válido para una solicitud de asilo; d) Deroguen las leyes utilizadas para criminalizar a los homosexuales por mantener relaciones consentidas y armonicen la edad de libre consentimiento para mantener relaciones heterosexuales y homosexuales, velen por qué no se utilicen otras leyes penales para acosar o detener a personas por su sexualidad o identidad y expresión de género y supriman la pena de muerte por delitos que tengan que ver con las relaciones sexuales consentidas; e) Promulguen legislación amplia de lucha

A ONU, através do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, publicou no dia 13 de setembro de 2012 o estudo “Born Free and Equal”²³, que estipula obrigações legais para os Estados-parte para proteção dos LGBTI.

Assim, se vê que a Comunidade Internacional exige dos países uma política não discriminatória por parte dos Estados. Percebe-se que, no âmbito da ONU, já há uma diretiva aos Estados-parte no sentido da obrigatoriedade de adequarem seus ordenamentos jurídicos, procedimentos e estruturas no sentido de não aceitar a discriminação e promover os direitos da população LGBTI.

Além das normas do Sistema Internacional Universal, têm-se as normas estabelecidas pela OEA que se aplicam e são utilizadas como fundamento para os casos que são posteriormente apresentados perante a CIDH.

Dentro as resoluções que se deve destacar, tem a Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008, mostrando preocupação com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”:

REITERANDO: Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; (...)

CONSIDERANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos proclama que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones;

REAFIRMANDO los principios de *universalidad, indivisibilidad e interdependencia* de los derechos humanos;

contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos y reconozca las formas de discriminación concomitantes y velen por que la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos; f) Velen por que las personas puedan ejercer sus derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica en condiciones de seguridad y sin discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género; g) Ejecuten programas adecuados de concienciación y capacitación para los agentes de policía, los funcionarios de prisiones, los guardias fronterizos, los oficiales de inmigración y demás miembros de las fuerzas de seguridad y apoyen las campañas de información pública para luchar contra la homofobia y la transfobia entre la población en general y las campañas específicas de lucha contra la homofobia en las escuelas; h) Faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos” (*idem.*).

²³ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/BornFreeAndEqual.aspx>>.

A partir disso, declarou:

RESOLVE:

1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.
2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (...) de incluir em sua agenda (...) o tema 'Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero'.

1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.
2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (...) de incluir em sua agenda (...) o tema 'Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero'.

Na reunião de 2009, a Assembleia Geral aprovou a Res. 2504, que seguiu as diretrizes das anteriores e seguiu o sentido adotado pela Declaração da ONU sobre Orientação Sexual e Identidade de gênero, que então definiu no sentido de:

RESUELVE:

1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.
2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.
3. Instar a los Estados a asegurar una protección adecuada de los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. (...).

Assim, a OEA vem reafirmando o posicionamento quanto as questões LGBTTI e aprova a cada ano uma nova Resolução com aquele mesmo título, Sendo em 2010 com a aprovação, pela Assembleia Geral da OEA, da Resolução n. 2.600, em 2011 com a Resolução n. 2653, em 2012, com a Resolução n. 2721, 2013, com a Resolução n. 2807, e em 2014, com a Resolução n. 2863. Mas cada uma delas reiterando o disposto anteriormente sobre a proteção necessária à minoria LGBT e insistem na urgência dos Estados-membro adotarem medidas específicas nesse sentido.

Na 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Antígua, na Guatemala, tem-se uma importante vitória simbólica com a aprovação, em 05 de junho de 2013, dos textos da “Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância”

e da “Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”, textos nos quais, pela primeira vez em uma Convenção da OEA, verifica-se a inclusão do conceito de orientação sexual entre as minorias protegidas que – em consonância com o que propomos neste trabalho – não diferencia o racismo étnico de discriminação homofóbica. No texto destaca-se:

[que] A discriminação pode basear-se em [...] orientação sexual [...].
[o reconhecimento do] dever de se adotarem medidas nacionais e regionais para promover e incentivar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os indivíduos e grupos sujeitos a sua jurisdição, sem distinção por motivo de [...] orientação sexual [...].
[o convencimento] de que determinadas pessoas e grupos vivenciam formas múltiplas ou extremas de discriminação e intolerância, motivadas por uma combinação de fatores como gênero, idade, orientação sexual [...].
[a consideração de] que a experiência individual e coletiva de discriminação e intolerância deve ser levada em conta para combater a exclusão e a marginalização com base em gênero, idade, orientação sexual [...].
[a afirmação que estão] ALARMADOS com o aumento dos crimes de ódio motivados por [...] orientação sexual [...].

III) Em 2013 a Corte Interamericana de Direitos Humanos criou a Relatoria sobre os Direitos Humanos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo para dar o foco necessário para essa população. A Relatoria possui quatro eixos de trabalho:

- (i) preparação de relatórios regionais, sub-regionais e/ou temáticos sobre os direitos humanos das pessoas LGBTI;
- (ii) tramitação de petições em que se alega violação de direitos humanos por motivo de orientação sexual, identidade de gênero ou diversidade corporal;
- (iii) monitoramento da situação dos direitos humanos das pessoas LGBTI; e
- (iv) assessoria técnica especializada aos Estados Membros e órgãos políticos da OEA.²⁴

Assim, essa relatoria começou a produzir Relatório sobre a Violência contra pessoa LGBTTI, que contém dados e informações sobre a violência física contra pessoas com identidade, orientações sexuais e expressões de gêneros diversas das normativas na América daquele respectivo ano.

De forma ainda mais específica que a ONU, a OEA vem produzindo uma série de Documentos Internacionais que não deixam dúvidas sobre a obrigação objetiva dos Estados-parte de elaborarem leis anti-discriminatórias face a população LGBTI, assim como terem legislações sobre direitos e proteção contra a violência.

²⁴ Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>>.

Não se trata, pois, de uma livre escolha do País se vai ou não ter legislações naquele sentido: uma vez signatário de tais Resoluções ele não possui escolha.

Assim, diante tantos crimes, irregularidades e omissões cometidas pelos diversos Poderes da República, entende-se ser o caso de, tomando-se algum dos muitos casos de violência não resolvidos pela Polícia ou mesmo pelo Judiciário no País, ajuizar-se uma ação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos tratando da demora injustificada da punição dos crimes quanto a população LGBTI, o descumprimento de tratados e convenções internacionais e a omissão legislativa na criação de lei que puna a violência a pessoas LGBTI por parte do Estado Brasileiro em suas diversas esferas. Dessa forma, reconhecendo-se a mora, que a CIDH recomende ao país que a solucione e, caso isso não seja feito, que a CIDH proceda à abertura de processo contra o Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Há precedentes que sustentam nossa tese: (i) *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), (ii) *Duque vs. Colômbia* (2016) e (iii) *Flor Freire vs. Equador* (2016). O primeiro caso (i), ajuizado em novembro de 2004, que foi admitido para o julgamento da Corte de IDH em 2011, baseava-se nas alegações da juíza chilena Karen Atala que havia perdido a guarda das suas filhas para o seu ex-marido sob a alegação, no curso do seu processo de divórcio, de que a juíza tinha uma relação homoafetiva e isso prejudicaria o desenvolvimento social e psíquico das suas filhas. A Suprema Corte Chilena considerou que as filhas da Sra. Atala estavam em “situação de risco”, uma vez que “posição de vulnerabilidade em seu convívio social, vez que claramente seu ambiente familiar único é distinto de forma significativa dos seus companheiros de escola e conhecidos da vizinhança em que vivem, expondo-as ao isolamento e à discriminação, o que também afetaria seu desenvolvimento pessoal”. Dessa forma, a Corte julgou no sentido:

por unanimidad, que:

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.
2. El Estado debe brindar, la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten, de conformidad con lo establecido en los párrafos 254 y 255 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 259 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
4. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en los párrafos 263 y 264 de la presente Sentencia.²⁵

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), 2012, Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.

Foi nesse caso em tela que a Corte Interamericana estabeleceu que a orientação sexual de uma pessoa está vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de toda pessoa para a autodeterminação e de escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções (CIDH, 2012, p. 136). Segundo a Corte, este caso diz respeito à alegada responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e intromissões arbitrárias na vida privada e familiar havia sofrido a Sra. Atala devido à sua orientação sexual no processo judicial que resultou na retirada do cuidado e custódia de suas filhas M. V. e R. caso também se refere à suposta falta de respeitar os interesses dos filhos cuja guarda e cuidados foram determinados em violação dos seus direitos e com base em alegada parcialidade discriminatória.

No segundo caso (ii), em fevereiro de 2005 foi peticionada a demanda frente a Colômbia sobre a exclusão da possibilidade do direito a pensão ao Sr. Angel Duque por morte do seu parceiro. Em 2014, o caso foi submetido à jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O caso se configura da seguinte maneira, Jhon Jiménez e Angel Duque viveram em união por 10 anos, que seria de 1991 a 2001, quando o primeiro veio a falecer. Um ano depois do seu falecimento Duque requereu o direito a pensão por morte de seu companheiro ao fundo de pensão que este era filiado. O Fundo negou o pedido de pensão na alegação de que, de acordo com a legislação do país, não se cobria a pensão por morte de pessoas do mesmo sexo que se encontravam em união estável. Assim, após 11 anos de trâmite no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte proferiu a sentença:

Conclusiones. La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación a los siguientes derechos humanos establecidos en la Convención Americana:

- El derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque;
- Los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque, y
- El principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.²⁶

Além disso, a Corte IDH ainda fez as seguintes recomendações ao Estado Colombiano:

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO DUQUE VS. COLOMBIA, SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf>.

- Reparar adecuadamente al señor Ángel Alberto Duque por las alegadas violaciones de derechos humanos declaradas en el Informe de Fondo contemplando los daños materiales e inmateriales. Dicha reparación debería, como mínimo, incluir la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Asimismo, el Estado debería proveer el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento requeridos en virtud de ser una persona que vive con VIH;
- Adoptar todas las medidas que aún fueran necesarias para garantizar la no repetición de los hechos como los del caso. En particular, adoptar las medidas necesarias para que todas las decisiones jurisprudenciales que tuvieron lugar en Colombia con posterioridad a los hechos del caso, que reconocieron el derecho de pensión de sobrevivencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo –y que determinaron que los casos previos a dichos pronunciamientos también se encontraban alcanzados por ellos-, sean debidamente acatadas y cumplidas;
- Adoptar todas las medidas necesarias para que quienes se desempeñan en la provisión de servicios de seguridad social, sea en el ámbito público o en el privado, reciban la debida capacitación para dar trámite a las solicitudes de personas que integraron o integran parejas del mismo sexo, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, y –
- Adoptar todas las medidas estatales que sean necesarias para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en cuanto al acceso a servicios de seguridad social, y en particular, que se les permita presentar los mismos medios de prueba que a las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.²⁷

Essa foi a primeira vez que o Sistema Interamericano proferiu uma sentença quanto a casal do mesmo sexo como uma relação de propiciar direitos a este. Igualmente, foi a primeira condenação do Estado Colombiano na Corte por violar direitos a população LGBTTI.

No terceiro caso (iii), em agosto de 2002 Alejandro Ponce Villacís e Juan Manuel apresentação a petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da responsabilidade internacional do Estado Equatoriano acerca das decisões de separação de Homero Flor Freire, Oficial Militar da base da terra do Equador, em relação a suspeita da prática de infração disciplinar, com fundamento das regras vigentes sobre a disciplina militar. O fundamento da petição foi a falta do tratamento isonômico por parte do Estado em questão em virtude da suposta orientação sexual do Oficial. Em 2010, o caso foi admitido para o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos - IDH. No decorrer do processo na Corte o militar negou que o ato sexual teria acontecido e afirmado que não se identifica como homossexual. E o importante dessa afirmação foi o reconhecimento do Tribunal de que para se definir a

²⁷ *Idem.*

orientação sexual de uma pessoa é necessário que ela se auto identifique como homossexual para se decidir nesse sentido. Sendo assim, a Corte concentrou sua análise no regime disciplinar militar do Estado no momento do fato (CIDH, 2016, p.1). Em razão dessa conclusão, que se reconheceu o tratamento discriminatório, foram feitas as seguintes recomendações:

1. Reparar integralmente al señor Homero Flor Freire en los términos indicados en [el] informe [de fondo], tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados
2. Reconocer públicamente que el señor Homero Flor Freire fue dado de baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana de manera discriminatoria.
3. Adoptar las medidas estatales necesarias para asegurar que las personas que se desempeñan dentro de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano no sean discriminadas con base en su orientación sexual, real o percibida.
4. Tomar las medidas estatales necesarias para que el personal de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano, así como los juzgados de derecho en [la] jurisdicción militar conozcan los estándares interamericanos, así como la normativa interna ecuatoriana, en cuanto a la no discriminación con base en la orientación sexual, real o percibida.
5. Adoptar las medidas estatales necesarias para que se garantice el derecho al debido proceso de militares juzgados por tribunales en procesos disciplinarios, incluyendo el derecho a un juez o tribunal imparcial.²⁸

Nessa decisão a Corte reforça que a orientação sexual é um dos Direitos protegidos pela Convenção. Dessa forma, nenhuma norma ou decisão de Direito Interno será proferida de modo a restringir de algum modo os direitos de uma pessoa por sua orientação sexual, seja ela real ou percebida.

CONCLUSÃO

Assim, diante dos diversos tratados internacionais que o Brasil é signatário, a omissão legislativa do Poder Legislativo Brasileiro e a demora injustificada do Poder Judiciário em oferecer resposta aos casos de agressão contra LGBTI com a não criminalização da LGBTIfobia demonstram uma violação ao Direito desta minoria. Esta é uma violação ao Direito de Igualdade dos LGBTI, em toda a extensão do que é esse direito.

Por sua vez, a CIDH se configura como um órgão mais que legítimo para reconhecer que a omissão do Legislativo e a demora injustificada do Judiciário

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunicado da Corte Interamericana de Derechos Humanos: ECUADOR RESPONSABLE POR DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN LAS FUERZAS ARMADAS, 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_39_16.pdf>.

em julgar casos relacionados com LGBTIfobia face a Constituição e Documentos Internacionais de que o Brasil é signatário é inaceitável e aos precedentes da própria Comissão (e da Corte) Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, diante das razões apresentados justificam o ajuizamento de uma ação de denúncia do Estado Brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tomando-se um dos inúmeros casos – de que se tem notícia – sobre violência por motivação LGBTIfóbica sem que tenham sido tomadas ações concretas de investigação, processamento e julgamento dos agressores.

REFERÊNCIAS

AMBROSE, Tom. *Heróis e Exílios: ícones gays através dos tempos*. Belo Horizonte, Gutenberg, 2011.

BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios. In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. *Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374.

BAHIA, Alexandre. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice L. Alves; Thereza Cristina Bohlen B. Marcondes. (Org.). *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 882, p. 45-60, abr. 2009.

BENITO, Emilio de. La homofobia no está protegida por la libertad de expresión. *El País*, 09.02.2012. Disponível em: <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/09/actualidad/1328801278_987970.html>.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BORTOLINI, Alexandre. (coord.). *Diversidade Sexual na Escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.

BRASIL. SEDH. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011*. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2012. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-2011-1>>.

BRASIL. SEDH. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012*. Brasília, 2013, disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>.

BRASIL. SEDH. *Número de denúncias de violência homofóbica cresceu 166% em 2012, diz relatório*. Ver: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>>.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo Enfocado da Ótica do Administrado para uma Reflexão acerca dos Fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 1, março 2001, p. 11-20.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO DUQUE VS. COLOMBIA, SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunicado da Corte Interamericana de Direitos Humanos: ECUADOR RESPONSABLE POR DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE ORIENTACIÓN SE-

XUAL EN LAS FUERZAS ARMADAS, 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_39_16.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO FLOR FREIRE VS. ECUADOR. SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf>.

DELGADO PARRA, Maria C. *Emergencia de ciudadanía desentrañadas en un mundo global: un ejercicio de iteraciones democráticas*. Editorial Académica Española, 2012.

GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar, ROUX, Theunis (Eds.) *Courts And Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate Publishing Limited, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 26, p. 100-113, mar. de 1990.

HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação Europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 43, p. 87-101, novembro 1995.

HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 47, março 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

JINKINGS, Daniella. A cada 36 horas, um homossexual é morto no Brasil. *Agência Brasil*, 4 de abril de 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-04/cada-36-horas-um-homossexual-e-morto-no-brasil>>.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Direito à diversidade e o Estado Plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MOTT, Luiz. *Causa Mortis: Homofobia - Violação dos Direitos Humanos e Assassinato de Homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>.

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.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La reinención del Estado y el Estado plurinacional en OSAL. Buenos Aires: CLACSO Año VIII, N.º. 22, septiembre 2007.

SOUZA, Jessé. (Não) Reconhecimento e Subcidadania, ou o que é “Ser Gente”? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 59, 2003, p. 51-73.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender*. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_english.pdf>.

UOL. Brasil lidera ranking de mortes de travestis e trans; um é morto a cada 48h. 09.01.2018. Disponível em: <<https://estilo.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2018/01/09/brasil-lidera-ranking-de-mortes-de-travestis-e-trans-um-e-morto-a-cada-48h.htm>>.

CAPÍTULO 16

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTIFOBIA NO ESTADO BRASILEIRO: UMA PROPOSTA DE ESTUDO TRANSDISCIPLINAR COM FUNDAMENTOS CENTRAIS DE IGUALDADE, RECONHECIMENTO E TEORIA DAS INSTITUIÇÕES¹

Rainer Bomfim

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Babia

RESUMO: O trabalho traz ponderações iniciais sobre a proposta de análise dos eventuais impactos da criminalização da LGBTIfobia sob uma perspectiva transdisciplinar. Assim, tomam-se como pontos de partida instrumentos do Direito interno e do Direito Internacional que viabilizariam a criminalização da LGBTIfobia. Após isso, desenvolve-se o tema a partir da filosofia do reconhecimento de Axel Honneth, no sentido de desconstruir a ideia de que o reconhecimento por parte do Direito pode trazer um reconhecimento intersubjetivo da sociedade (sentimento de solidariedade) e uma possível diminuição dos casos de preconceito e violência com a população LGBTI. Em contraponto ao que é idealizado pelo autor supra, pretende-se verificar, através do conceito de igualdade adotado pelo Estado democrático de Direito, que as normas não geram o reconhecimento do outro perante os indivíduos. Para isso, utilizam-se dados da Lei Maria da Penha, que também criminaliza uma conduta específica, para demonstrar que a relação da criminalização de determinada conduta não representa uma diminuição dos casos. E, com a finalidade de subsidiar o estudo, utiliza-se a sociologia através da Teoria das Instituições para mostrar que a modificação das instituições do Direito, não é suficiente para impactar a mudança imediata no comportamento da sociedade por se tratar de regras formais (leis, normas, constituições) que pretendem produzir efeitos em regras informais (crenças, costumes, culturas e hábitos). Assim, com esse trabalho, após a “desmistificação” da criminalização, pretende-se trazer quais são os possíveis ganhos da sociedade e da minoria LGBTI na tipificação penal da LGBTIfobia.

PALAVRAS-CHAVE: LGBTIfobia, reconhecimento; teoria das instituições; transdisciplinariedade; preconceito.

ABSTRACT: The work brings initial considerations about the proposal of analysis on the possible impacts of the criminalization of LGBTIphobia from a transdisciplinary perspective. Thus, it takes as a starting point the law raising of instruments through domestic law and international law that would make the criminalization of LGBTIphobia possible. After this, he questions about Axel Honneth's philosophy of recognition, in order to disconfirm the idea that recognition on the part of the law can bring about an intersubjective recognition of society (a feeling of solidarity) and a possible decrease in cases of prejudice and violence with the LGBTI population. In contrast to what conceived by the author above, it seeks to verify, through the concept of equality adopted by the democratic State of Law, that norms do not generate the recognition of the other before individuals. For this purpose, the data of the Maria da Penha Statute used as a comparative aspect, which also criminalized a specific conduct, to demonstrate that the relation of the criminalization of a certain conduct, does not represent a reduction of the cases. Moreover, in order to subsidize the study, sociology

¹ A proposta do estudo são reflexões iniciais que vêm sendo desenvolvidas no projeto de iniciação científica “Criminalização da Homo-transfobia: uma proposta transdisciplinar” financiado pela FAPEMIG; além disso, a pesquisa se insere no Grupo de Pesquisa “Omissão Inconstitucional e o papel do STF: estudo sobre a ADO n° 26”.

used through Institutional Theory to show that the modification of institutions, that is, Law or laws, are not enough to affect the immediate change in the behaviour of society by itself. Formal rules (laws, norms, constitutions) that aim to produce effects on informal rules (beliefs, customs, cultures and habits). Thus, with this work, after the “demystification” of criminalization, it intended to bring out the possible gains of LGBTI society and minority in the criminal classification of LGBTIphobia.

KEYWORDS: *LGBTIphobia, recognition; theory of institutions; transdisciplinarity; prejudice.*

INTRODUÇÃO

Trata-se proposta de estudo transdisciplinar do Direito, Filosofia e Sociologia sobre quais seriam os impactos da criminalização da LGBTIfobia² na sociedade. A escolha por uma análise transdisciplinar se faz pela necessidade de compreensão do mesmo objeto de diversas disciplinas diferentes e ao mesmo tempo além delas, pois é uma compreensão do mundo presente (NICOLESCU, 1999, p.2-3).

É importante ressaltar que a não criminalização da LGBTIfobia pelo Estado Brasileiro é uma violação constitucional ao direito fundamental da Igualdade (artigo 5º, *caput*, I), assim como tal omissão fere o mandado de criminalização contra violações aos direitos fundamentais previsto no art. 5º, XLI - CR/88 e da garantia da “não discriminação” (artigo 3º, IV - CR/88), além de ser uma violação de documentos e tratados internacionais em que o Brasil foi signatário³. Essa violação é institucionalizada pelos poderes da República, haja vista a omissão legislativa na discussão sobre projetos de lei que criminalizam a LGBTIfobia, uma vez que o PL 122/06 tramitou durante 10 anos no Congresso Nacional mas foi arquivado por falta de tramitação - embora atualmente haja outros projetos de lei tramitando (sem, contudo, qualquer previsão para deliberação final) - e, além disso, tem-se a falta de resposta do Poder Judiciário que é cobrado através de ações constitucionais⁴.

² Um esclarecimento inicial: a sigla LGBTI corresponde a: lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros e intersexuais. Assim, a LGBTIfobia seria a aversão, discriminação e violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero consideradas “desviantes” de certo padrão estabelecido em certo momento da história.

³ O Brasil aderiu a Organização das Nações Unidas em 1992, dessa forma os Estados membros se comprometem a respeitar e a cumprir o regimento dessas Instituições, sendo que reconhecem legitimidade das decisões proferidas por esses órgãos, o que implica presar por promover a proteção internacional dos Direitos Humanos, que, no âmbito regional, é feita pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

⁴ Atualmente encontra-se em tramitação a Ação Direta por Omissão (ADO) nº 26, que tem o mesmo objeto do MI. 4733, que é cobrar do Congresso Nacional a edição de uma norma ou mesmo a discussão sobre a criminalização da homofobia/transfobia no Brasil e, subsidiariamente, que o poder Judiciário edite uma norma para o entendimento dos tribunais a respeito do tema. Porém, ainda não se julgou o mérito da questão.

Em outra análise, seguindo a teoria do Reconhecimento de Honneth, com a positivação de uma norma jurídica, que está na esfera do reconhecimento do Direito, esta traria por parte dos cidadãos um reconhecimento do outro como portador de Direito, o que no Estado Democrático de Direito atual não se confirma, haja vista a complexidade sobre as diversas concepções do termo de igualdade⁵, que lancem novos desafios ao Direito, sem que haja uma fórmula pré-dada sobre quando se aplica um ou outro sentido. Sendo assim, pretende-se demonstrar que não pode se falar de reconhecimento do outro com a simples edição de normas jurídicas.

Assim, para corroborar com a pesquisa pretendida acima, se utilizará a sociologia das instituições para explicar como que o Estado ou mesmo o Direito reagem com as alterações de normas jurídicas, visto que o ser humano tem uma necessidade crônica de criar instituições com “ethos” específicos e tem por função estabilizar e orientar o seu comportamento, assim, uma alteração normativa impacta diretamente na relação dos ser humano com o aparato legal. Essa alteração não é necessariamente uma mudança de comportamento, sendo que ainda não se vislumbra quais seriam esses impactos.

Dessa forma, após questionar essa realidade, apresenta-se a discussão quais poderiam ser os verdadeiros impactos da criminalização da LGBTIfobia para a população LGBTI e para a sociedade, pois pretende-se questionar as reais repercussões de normas na sociedade, tendo em vista a atual situação de omissão institucionalizada do Estado Brasileiro.

O estudo aborda os dados sobre a população LGBTI no Brasil, em um segundo momento as hipóteses que o trabalho pretende apresentar na forma transdisciplinar e introduzir os questionamentos, após mostra-se o aparato jurídico-legal sobre fundamentos para a criminalização da LGBTIfobia com precedentes e resoluções internacionais. Em seguida, introduzem-se os questionamentos à teoria das instituições e à teoria do reconhecimento em Axel Honneth, trazendo aspectos que poderiam subsidiar a análise transdisciplinar apresentada no presente trabalho. O estudo que aqui se apresenta é apenas uma consideração inicial do trabalho que está sendo realizado pelos autores e sua conclusão final ainda se dará em trabalhos futuros.

O CENÁRIO DA POPULAÇÃO LGBTI NO CONTEXTO BRASILEIRO

A população LGBTI é vítima constante de agressões e segregações sociais decorrentes de discriminações por orientação sexual e identidade de gênero,

⁵ O conceito de igualdade adotado pelos autores é uma perspectiva triáde: igualdade como isonomia (igualdade perante a lei), igualdade como equidade (ou igualdade material) e igualdade como diversidade (que percebe que grupos se auto-atribuem traços distintivos e que tais devem ser preservados). (BAHIA, 2013 e 2016/2017)

sendo que não existe uma norma no país que proteja essa população de forma específica isto é, que crie instituições e sanções que façam frente à violência específica que aquela população sofre. Como é demonstrado nos dados abaixo, pois, segundo o “Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: o ano de 2011” (BRASIL, 2012) do Governo Federal, de janeiro a dezembro de 2011 foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBT, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos (BRASIL, 2013a e 2013b). Além disso temos outros dados trazidos pelo Grupo Gay da Bahia:

Em 2010, 260 gays, travestis e lésbicas foram assassinados no Brasil. De acordo com um relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB) [...] a cada um dia e meio um homossexual brasileiro é morto. Nos últimos cinco anos, houve aumento de 113% no número de assassinatos de homossexuais. Apenas nos três primeiros meses de 2011 foram 65 assassinatos. (JINKINGS, 2011)

Esses números trazem constatações de grande importância: a primeira diz respeito ao padrão de sobreposição de violências cometidas contra indivíduos dessa população. Os dados revelam uma média de 3,97 violações sofridas por cada uma das vítimas, o que parece indicar como a homofobia se faz presente no desejo de destruição (física, moral ou psicológica) não apenas da pessoa específica das vítimas, mas também do que elas representam – ou seja, da existência de pessoas LGBTI em geral. Dessa forma são recorrentes, por exemplo, os casos em que não apenas o indivíduo sofre violência física, com socos, pontapés ou pior, mas também uma variedade de formas de violência psicológica, por meio de humilhações e injúrias.

A segunda constatação trazida pelo Relatório é o maior número de suspeitos em relação ao de vítimas. A diferença chega ao patamar de 32,8%, o que sugere tais violências são cometidas por mais de um agressor ao mesmo tempo, sendo que grupos de pessoas que se reúnem para agredir homossexuais ou travestis são exemplos comum deste tipo de crime. Como se os dados apresentados não fossem suficientes, em um estudo recente também realizado pelo Grupo Gay da Bahia mostrou:

445 LGBT+ (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) morreram no Brasil, (incluindo-se três nacionais mortos no exterior) em 2017 vítimas da homotransfobia: 387 assassinatos e 58 suicídios. Nunca antes na história desse país registraram-se tantas mortes, nos 38 anos que o Grupo Gay da Bahia (GGB) coleta e divulga tais estatísticas. Um aumento de 30% em relação a 2016, quando registraram-se 343 mortes. A cada 19 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da “LGBTfobia”, o que faz do Brasil o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais. Segundo agências internacionais de direitos humanos, matam-se muitíssimo mais homossexuais aqui do que nos 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra

os LGBT. E o mais preocupante é que tais mortes crescem assustadoramente: de 130 homicídios em 2000, saltou para 260 em 2010 e 445 mortes em 2017. (MOTT, 2017)

O que se pretende reforçar é a necessidade da criminalização da LGBTIfobia, mas também oferecer subsídio teórico e transdisciplinar para mostrar que o quadro descrito acima não irá se modificar **apenas** com a criação de uma tipificação penal, pois com o reconhecimento da igualdade jurídica material (criação de normas jurídicas que decorreria de um suposto “reconhecimento social” do indivíduo como sujeito de Direito) não se concretiza na igualdade fática de reconhecimento da sociedade a população LGBTI, visto que a norma é uma imposição legal que não reflete necessariamente em reconhecimento social.

Além disso, irá se discutir o que uma norma jurídica, que com o Estado Democrático de Direito não representa necessariamente a vontade de uma maioria (BAHIA, 2013), traz efetivamente de mudança na sociedade. Para esta análise irá se utilizar a sociologia das instituições, que, sob os referenciais adotados nesse estudo, defende que o ser humano possui uma necessidade crônica de instituições com a função de orientar o seu agir, uma vez que a construção das instituições é composta tanto pelas modificações do meio, mas também dos conceitos daqueles indivíduos que fazem parte daquela “ethos” específico.

PRESSUPOSTOS JURÍDICOS QUE AUTORIZAM A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTIFOBIA

A necessidade da criminalização é latente em nossa sociedade quando analisamos a Constituição Federal de 1988, intitulada de “cidadã”, que trouxe direitos e garantias, sendo uns adquiridos e outros renovados, que são para todos os cidadãos, sem qualquer distinção de gênero, raça, religião ou cor. Além disso, o Brasil vem se tornando signatário de documentos internacionais de Direitos Humanos que, entre outras questões, cobram ações de proteção e promoção dos Direitos das Minorias. Porém, quando se trata da proteção frente à violência homo-transfóbica o país se mostra contraditório quanto ao seu próprio ordenamento jurídico e aos Tratados Internacionais de que é signatário, negando proteção efetiva à população LGBTI, pois são alarmantes os dados de violência contra a este grupo, sem que se identifiquem ações concretas que possam modificar essa situação.

Atualmente, existe o Projeto de Lei n° 7.582/2014, que pretende definir os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los – nos termos do inciso III do art. 1° e *caput* do art. 5° da Constituição Federal – que tramita na Câmara dos Deputados; no Senado tem-se o Projeto de Lei n° 150/2015 o qual altera a lei 7.716/1989 que discorre sobre a criminalização de discriminação e

preconceitos a respeito de religião, raça, cor e etnia. Essa alteração consiste na inclusão de proteções acerca da orientação sexual, ou seja, trata-se de um projeto para a criminalização da LGBTIfobia – atualmente este último está sob a relatoria do Senador Antonio Anastasia. Além desses há propostas de sugestões de popular, como a Sugestão Legislativa n. 5/2016 do Senado – sem contar propostas que já foram arquivadas sem uma decisão efetiva do Congresso Nacional. Isso mostra uma omissão legislativa, pois não é a decisão negativa de uma proposta que está em pauta, mas sim a omissão completa em apreciar a questão, uma vez que não houve uma resposta para a demanda quando ela foi apresentada e tramitou (no caso do PLC122/06) durante mais de dez anos no Congresso Nacional até ser arquivado.

Além disso, a questão se torna ainda pior uma vez que o Judiciário brasileiro não aplica o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, haja vista a sua decisão no caso do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS que declara a existência de um Racismo Social que deve ser combatido.⁶ A LGBTIfobia se enquadra no conceito e poderia já ter avançado no Judiciário, apesar da omissão legislativa. Sobre isso há duas iniciativas: no Mandado de Injunção (MI) 4733 o Min. Relator do STF, num primeiro momento, julgou que o Mandado de Injunção não seria o instrumento adequado para a apreciação do tema pelo STF. No entanto, quando houve a troca de Relator, aquele primeiro despacho foi retratado e a ação voltou a tramitar.

Encontra-se também em tramitação a Ação Direta por Omissão (ADO) n. 26, que tem o mesmo objeto do MI. 4733, que é cobrar do Congresso Nacional a edição de uma norma ou mesmo a discussão sobre a criminalização da homofobia/transfobia no Brasil e, subsidiariamente, que o poder Judiciário *edite uma norma* para o entendimento dos tribunais a respeito do tema. Porém, ainda não se julgou o mérito da questão.

O cenário acima descrito encontra-se em despeito do que diz a Constituição de 1988 – isto é, desta garantir a “não-discriminação” como um direito fundamental (artigo 3º, IV), do direito de igualdade (artigo 5º, I)⁷, de que a Constituição diz expressamente que o rol de direitos ali elencados é aberto e passível de novas incorporações (art. 5º, §§2º e 3º) – e apesar também do fato de já haver Resoluções Internacionais da OEA e da ONU orientando os países a promoverem políticas de não discriminação contra homossexuais (BAHIA; MORAES, 2010 e 2012, BAHIA; BOMFIM, 2017).

⁶ O “racismo social” é definido como a utilização de estigmas que atentam contra os princípios que se organizam a sociedade humana, baseada na respeitabilidade, na dignidade do ser humano e no seu direito a convivência pacífica no meio social.

⁷ Seguindo a classificação de Roger Raupp Rios no que se refere à forma como os Ordenamentos tratam da homossexualidade, o Brasil se encontra num estágio intermediário: não a criminaliza e também proíbe sua discriminação (RIOS, 2003, p. 158).

O atual estado de violação dos direitos convencionais de uma parcela da população, como os LGBTI, legitima o procedimento de denúncia do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por omissão em protegê-los de forma eficaz; vale lembrar que a Comissão, reconhecendo a procedência do pedido, dá um prazo para que o país cumpra as recomendações que a mesma elabora, sob pena de que, não o fazendo a Comissão instaura processo junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, percebe-se que o Brasil encontra-se em descompasso do que é trabalhado como identidade de gênero e orientação sexual em comparação a alguns países da América Latina, como já foi sinalizado em outro trabalho:

Quando se compara o Brasil a outros Estados na América Latina se vê uma grande diferença do tratamento a pessoas LGBT. Sendo que o primeiro país em que se observou a discussão da diversidade de gênero foi o Uruguai, que, posteriormente, iniciou-se a discussão na Argentina. De tal forma, que anos depois surgiu a Lei de Identidade de Gênero no país (Lei nº 26.743), a qual declara a diversidade sexual e de gênero como direito individual. Isso demonstra o tratamento diferencial no Brasil, em que se tem uma omissão legislativa sobre essa matéria e sobre a homofobia/transfobia. (BAHIA, BOMFIM, 2017)

A mora do Brasil frente a outros países da América Latina ainda se confirma com a lei da Identidade de Gênero da Argentina (2012), por exemplo (OLIVEIRA; SILVA, 2016). Assim, a criminalização da LGBTIfobia é uma questão de extrema urgência para acabar com a omissão legislativa e a mora legislativa do Estado com a população LGBTI (BAHIA; SILVA, 2015 e BAHIA; KOURY NETO; MELO, 2013).

PONDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA DAS INSTITUIÇÕES E A TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH

Para além das questões jurídico-legais, quais são as consequências diretas e indiretas que a criminalização traria para a sociedade? Esse é o ponto central de discussão desse trabalho, uma vez que, utilizando-se da Teoria do Reconhecimento de Honneth, quando se tem o reconhecimento do Direito ter-se-ia o reconhecimento por parte dos demais indivíduos de que aquele sujeito é portador de direito e merece ser respeitado.

Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direito quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face de um “outro generalizado”, que já nos

ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos entender também como pessoa de direitos, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões. (HONNETH, 2011)⁸

Entretanto, utilizando como paradigma a Lei Maria da Penha que dispõe sobre a violência doméstica, a afirmação trazida pela Teoria do Reconhecimento de Honneth não se confirma, pois após a instituição de uma lei específica, com a aplicação de uma pena maior para os agressores, o número de casos, de acordo com o Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada (IPEA), aumentou, como ilustra o trecho:

Em termos mais gerais, uma inovação importante da LMP é que esta procurou tratar de forma integral o problema da violência doméstica, e não apenas da imputação de uma pena maior ao ofensor. Com efeito, a nova legislação ofereceu um conjunto de instrumentos para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial à vítima, isolando-a do agressor, ao mesmo tempo que criou mecanismos para garantir a assistência social da ofendida. Com isso, a LMP modificou o tratamento do Estado em relação aos casos envolvendo violência doméstica, basicamente, por meio de três canais, pois: i) aumentou o custo da pena para o agressor; ii) aumentou o empoderamento e as condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar; e iii) aperfeiçoou os mecanismos jurisdicionais, possibilitando que o sistema de justiça criminal atendesse de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica. **Com isso, o custo esperado de se perpetrar a violência doméstica aumentou, o que deveria dissuadir potenciais agressores. Contudo, a expectativa acerca do aumento desse custo esperado depende da institucionalização dos serviços protetivos às vítimas, previstos na lei, que não se deu de maneira homogênea no território nacional.** (CERQUEIRA, *et al*, 2015)

Então, mesmo com o reconhecimento jurídico-legal não se visualiza um reconhecimento social, pois que a simples edição de uma nova lei não é capaz, por si só, de mudar comportamentos e tradições arraigadas. Isso se torna ainda mais complexo quando se considera a complexidade das sociedades atuais, uma vez que elas demandam diferentes maneiras de lidar com a igualdade⁹ e mais, que a definição de tais modos não pode ser dar apenas pela vontade da maioria. Em sociedades plurais como a nossa grupos se auto-atribuem traços distintivos que devem ser preservados – logo, merecendo ser objeto de proteção legal combinada com políticas públicas para superação de preconceitos e

⁸ Ver também RAVAGNANI (2008).

⁹ Sendo estas definidas: “igualdade como isonomia (igualdade perante a lei), igualdade como equidade (ou igualdade material) e igualdade como diversidade (que percebe que grupos se auto-atribuem traços distintivos e que tais devem ser preservados)”. (BAHIA, 2013)

tradições incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, por exemplo, através da educação. Nesse último sentido, preserva-se a igualdade reconhecendo a diversidade. Desta forma, não podemos afirmar que o reconhecimento jurídico-legal significa na diminuição do preconceito.

Em consonância com o que foi apresentado acima, tem-se a aplicação da sociologia da Teoria das Instituições que também mitiga que a alteração no aparato legal resultaria em uma alteração, conforme disposto por North:

Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in Exchange. (NORTH, 1991)¹⁰

De acordo com essa teoria, as instituições são formas de interações sociais, além de outras, o que abarca as restrições informais que são regidas por comportamentos da própria sociedade. Logo, a mudança apenas nas regras formais não é suficiente para promover a mudança nas restrições informais.

CONCLUSÃO

O que foi exposto aqui introduz a discussão sobre a necessidade de criminalização da LGBTIfobia como uma resposta do Estado Brasileiro face aos números de violência. Ao mesmo tempo, procurou-se mostrar que a eventual de uma lei nesse sentido não trata da diminuição do preconceito perante a população LGBTI, uma vez que: i) uma norma jurídica não traz essa efetividade na sociedade, com os pressupostos da teoria das instituições de uma sociedade complexa e dos desafios postos pelo atual conceito de igualdade; ii) com a eventual criminalização da LGBTIfobia espera-se o aumento de casos que serão tipificados com a legislação penal, pois no Brasil, notam-se casos de subnotificação dos crimes relacionados à população LGBTI, sendo essa um instrumento de empoderamento – ou seja, de forma aparentemente paradoxal, a criminalização pode levar ao aparente aumento de casos uma vez que hoje é muito comum não haver a denúncia ou quando esta é feita ser ocultada a razão LGBTIfóbica da agressão.

¹⁰ “As instituições são as restrições humanamente concebidas que estruturam interação política, econômica e social. Eles consistem em ambas restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis, propriedades direitos). Ao longo da história, as instituições foram planejadas por seres humanos para criar ordem e reduzir a incerteza em troca”. Tradução livre de NORTH (1991. p. 97).

Portanto, a criminalização não tem que estar ligada com a diminuição do preconceito contra LGBTI, mas sim em um reconhecimento por parte do Estado de que esta população precisa de uma atenção específica e que com a existência de números oficiais o Estado possa direcionar e criar políticas públicas para a população LGBTI que combatam o excessivo número de casos de morte, discriminação, preconceito e outras formas de violência e marginalização¹¹.

Como dito no início do trabalho, aqui apresenta-se uma introdução da pesquisa que já vem sendo realizada, de forma a submeter à crítica da comunidade acadêmica os supostos brevemente traçados. Espera-se que haja contribuições para a melhoria na condução dos trabalhos de forma que, ao final da pesquisa, sejam produzidos textos que retratem da melhor maneira a questão e apontem possíveis soluções.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios. In: JUBILUT, Liliانا L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. *Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, n. 116, p. 481-506, Out. 2016/Jan. 2017. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1465/1186>>.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BOMFIM, Rainer. Estado brasileiro e normas internacionais: análise sobre a viabilidade o ajuizamento da denúncia de homotransfobia institucionalizada do perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direito Izabela Hendrix*, ed.18, p. 54-67, 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. *Revista General de Derecho Constitucional*, v. 10, p. 409-431, 2010.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; 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 Gustavo Melo Franco; KOURY NETO, Mussi Assad Mussi; MELO, Mariana Cristina Pereira. A Revogabilidade Política das Decisões do STF: a vulnerabilização na tutela de direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos lgbt. *Revista de Informação Legislativa*, v. 199, p. 55-75, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. Necessidade de Criminalizar a Homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 60, p. 177-207, 2015.

BRASIL. SEDH. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2011*. Brasília, 2012, disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/brasilem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

BRASIL. SEDH. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012*. Brasília, 2013a, disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

BRASIL. SEDH. *Número de denúncias de violência homofóbica cresceu 166% em 2012, diz relatório*. 2013b. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>>.

¹¹ Sobre a marginalização um dado que ilustra o problema é que uma grande parcela dos casos de abandono escolar precoce se dá em razão de problemas de convívio e violência de pessoas LGBTI – principalmente travestis, transexuais e transgêneros (cf. PEREIRA, BAHIA, 2011).

CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins; MARTINS, Ana Paula Antunes; JUNIOR PINTO, Jony. ANALISANDO A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. Rio de Janeiro, 2015, disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3538/1/td_2048.pdf>.

HONNETH, Axel. *LUTA POR RECONHECIMENTO: a gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo: 34, 2011.

MOTT, Luiz (*et al.*). Mortes Violentas de LGBT no Brasil. Relatório 2017. 2017. Acesso em 29 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>.

NICOLESCU, Basarab. *Um novo tipo de conhecimento- transdisciplinaridade*. 1º Encontro Catalisador do CETRANS - Escola do Futuro - USP, Itatiba, São Paulo - Brasil: 1999

NORTH, Douglass Cecil. *Institutions*. Princeton: Princeton University Press, 1991.

OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante de; SILVA, Bruna Camilo de Souza Lima e. Lei de Identidade de Gênero: Uma Análise Comparativa da Lei Argentina e o PI 5002/2013 do Brasil. *Libertas - Revista de Pesquisa em Direito*, Ouro Preto, v. 2, n. 1, p. 225-244, 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/300/277>>.

PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia na escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. *Educar em Revista*, n. 39, p. 51-71, 2011.

RIOS, Roger Raupp. A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual. *SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília*. Anais... Brasília: CJF, 2003, p. 158

RAVAGNANI, Herbert Barucci. A filosofia social do reconhecimento: fundamentos normativos para uma teoria crítica da sociedade. *Revista Aurora*, v. 2, n. 1. 2008, disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1190>>.

CAPÍTULO 17

INTERVENÇÃO *AMICI CURIAE* DAS UNIVERSIDADES COMO FORMA DE CONCRETIZAR DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: ANÁLISE A PARTIR DA ACP PARA BANIMENTO DO AMIANTO NO PARANÁ

*Fernanda Dias de Ornelas
Jonatha Rafael Pandolfo*

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 positivou a hipótese de intervenção de terceiro na modalidade *amicus curiae* (conforme art. 138), figura que já existia antes na prática jurídica brasileira, mas à qual foi dada maior importância e visibilidade após a promulgação da nova lei processual civil.

A doutrina converge no sentido de compreender tal instituto como uma significativa forma de concretizar e promover a efetivação de direitos constitucionais fundamentais tais como a garantia de acesso à justiça, a busca por uma sociedade mais livre, justa, igual e solidária e o direito a decisão justa. Nesse sentido, inclusive o judiciário já há tempo concorda, em regra, que essa intervenção tem finalidade de somar no processo, aportando novos argumentos, pontos de vista e dessa forma enriquecendo o debate. Preceitua-se a promoção do diálogo pela remoção das barreiras à participação de setores da sociedade com interesse na solução da controversa.

Ademais, é imprescindível destacar a democratização do processo que o *amicus curiae* promove. A partir do momento que se abre a possibilidade de diálogo com outras fontes e outros sujeitos que não só as partes do processo, o judiciário passa a exercer mais efetivamente os objetivos da república e, logo, da própria Constituição. Nesse sentido, ainda, resta claro que o exercício jurisdicional deve se adequar ao espírito do novo CPC, que traz em seu âmago uma ideia muito forte de cooperação e democracia, conforme traz seu art. 6º: “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”. Nessa linha, a intervenção *amicus curiae* tem muito para oferecer à jurisdição.

Conforme traz o art. 138, do CPC, cabe tal intervenção em casos de grande repercussão social ou de temática muito específica. Justamente nesse

sentido, as Universidades são sujeitos que podem trazer um aporte teórico e inclusive prático muito significativo aos processos.

Embora com previsão expressa no CPC, nota-se um possível despreparo do Judiciário ao se deparar com essa forma de participação nos processos. Há, ainda, um certo estranhamento e resistência em admitir atores sociais que não se enquadram no conceito clássico de parte processual, que acabam por limitar o instituto do *amicus curiae*.

A fim de analisar tal questão mais pontualmente e comprovar essa hipótese, a metodologia do trabalho envolve analisar empiricamente a Ação Civil Pública nº 0000127-37.2017.5.09.0657, que tramita atualmente, perante a 1ª Vara do Trabalho de Colombo. Tal processo, proposto pelo Ministério Público do Trabalho, objetiva, entre outros, o banimento do amianto, especialmente tendo em vista a fábrica da cidade de Colombo/PR.

Em tal processo, houve pedido de intervenção *amici curiae* por parte de dois núcleos da Universidade Federal do Paraná. Tal pedido se fundamenta pelo fato promover uma ampliação de diálogo entre a Universidade e a sociedade acerca de um tema de interesse público tratado pela ACP, com grande repercussão em áreas dos direitos fundamentais – tais quais direito a vida, saúde, integridade física e meio ambiente do trabalho adequado.

Ademais, a UFPR, através de seus Núcleos, efetivamente busca, com tal pedido, apresentar novos argumentos e discussões, trazendo questões da filosofia e dogmática constitucional. Visa-se, especialmente, à proteção e à concretização de direitos fundamentais, acentuando, assim, o respaldo social e democrático da jurisdição exercida pela Justiça do Trabalho. No fundo, o que se almeja com a intervenção é contribuir e cooperar efetivamente para a construção de uma decisão justa e constitucionalmente adequada.

Nessa toada, é muito importante destacar que a UFPR conta com Projeto de Extensão focado no estudo do uso do amianto e seus danos, além de possuir Núcleo de Prática Jurídica atuando junto a diversas vítimas do uso de tal produto. Assim, não se trata de uma atuação meramente acadêmica, na medida em que resta evidente a compreensão inclusive prática sobre o tema e suas repercussões sociais.

As Universidades, em atuação *amici curiae*, têm uma capacidade gritante de contribuir e enriquecer debates que parecem somente jurídicos, mas são também sociais, políticos e econômicos. Tratam-se de locais de fervente produção de conhecimento, e negar o acesso e a participação delas é ignorar a busca por um processo democrático e por uma decisão justa. É, igualmente, violar a Constituição da República e o Código de Processo Civil.

Finalmente, através de uma análise teórica da figura do *amicus curiae* e do estudo do papel social das Universidades, alinhados à análise de um caso

real, demonstrar-se-á que uma abertura democrática do processo passa pela constituição de um processo de intérpretes e de sujeitos cooperativos, em que a Universidade pública é um ator da sociedade civil, e deve ser ouvida em casos conforme previsão legal.

2. A FIGURA DO *AMICUS CURIAE*

A intervenção processual do “*amigo da corte*” é reflexo dos novos rumos assumidos pela ciência processual e da nova visão constitucional do processo – o magistrado contemporâneo conectado a tais mudanças permite o ingresso do amigo da corte nos processos sob sua jurisdição.

O *amicus curiae* é um instituto relativamente recente na estrutura processual brasileira, não se confundindo com ser parte ou tampouco com outras modalidades de intervenção. Trata-se de um terceiro, que não se encaixa em nenhuma das formas de sujeito típicos da estrutura clássica do processo. “*Nesse contexto, o conceito de terceiro pode ser determinado por exclusão: quem não é parte é terceiro*”¹ Nesse sentido, os impetrantes não almejam ingressar no feito como litisconsortes, mas somente com o objetivo de apresentar memoriais e realizar sustentação oral, de modo a contribuir cientificamente com o deslinde da causa. Com efeito, tal instituto processual configura a concretização dos mandamentos constitucionais, mormente o princípio democrático, da ampla defesa e acesso à justiça.

Pode-se resumir, conforme discorre Eduardo Talamini (em síntese de “*Amicus curiae - comentários aos art. 138 do CPC*”), que a finalidade dessa figura é contribuir para a maior qualidade das decisões judiciais, possibilitar decisões mais justas, concretizar preceitos constitucionais como citado acima e até ampliar e qualificar o contraditório.²

Enfatiza-se, nessa questão, como apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que tal modalidade de intervenção de terceiros é concretizadora dos princípios constitucionais democráticas. Ademais, é relevante trazer citação dos autores dos seguintes termos:

O *amicus curiae* – literalmente, o amigo da cúria, amigo da corte – é um terceiro que pode participar do processo a fim de oferecer razões para a sua justa solução ou mesmo para formação de um precedente. O que o move é o inte-

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 92.

² TALAMINI, Eduardo. **Amicus curiae – comentários aos art. 138 do CPC**. In: Breves comentários ao novo CPC (org. Teresa Wambier, F. Didier Jr., E. Talamini e B. Dantas). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 438-445.

resse institucional: o interesse no adequado debate em juízo de determinada questão nele debatida.³

A doutrina ainda enfatiza muito a conexão cada vez mais forte, especialmente no novo CPC, entre processo e democracia. Isso pode ser mais bem observado na leitura dos dez primeiros artigos do Código.

Mas também se vê que não há referência à palavra “*democracia*” ou “*democrático*” em tais dispositivos. Porém, mesmo não o dizendo expressamente, essa lei carrega traços que apontam nesse sentido. A doutrina indica que “*democracia é participação*”⁴. Os seja, os arts. 6º, 7º, 8º e 9º, que apontam para um processo participativo, em que as partes devem cooperar, tem direito de ser efetivamente ouvidas e influenciarem a decisão do magistrado, sob o dever da boa-fé, com paridade de armas e buscando sempre a decisão de mérito justa e efetiva, na essência preveem um processo democrático.

Sobre a ideia de democracia e participação, afirma-se:

A jurisdição necessita de um procedimento que realmente lhe permita a proteção do direito material. Mas esse procedimento, por constituir uma via através da qual o poder estatal é exercido, deve buscar outra fonte de legitimação. Sabe-se que a noção de democracia está intimamente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia.⁵

Marinoni, Arenhart e Mitidieiro⁶ apontam ainda que, ao contrário do processo legislativo, em que a participação se dá muito mais significativamente pelo meio indireto, através da representação (fora exceções como plebiscito, referendo e consulta popular), na atividade jurisdicional, parte-se de uma democracia exercida através da participação direta, em que a pessoa pode por si só tomar parte no exercício do poder. Sabe-se que o juiz não é eleito e, por tal motivo, tal doutrina que esse deve buscar em outras bases à sua legitimidade democrática. Porém, os próprios estudiosos destacam que esse se trata de um tema muito complexo, que requer um cuidado especialmente significativo, já

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 99

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. v. 1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 78.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v. 1. 3. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 441.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v. 1. 3. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 310-313 e 517-520.

que envolve conferir a alguém (juiciário) poder de filtrar o exercício do poder daqueles que foram eleitos pelo povo e o representam (legislativo). Enfatizam, porém, que tal legitimidade talvez resta na participação no processo, essa lida em um raio amplo, envolvendo o contraditório efetivo, a publicidade dos atos e a devida fundamentação das decisões.

Nesse sentido, Didier Jr. ressalta um processo que realmente dê aos envolvidos e àqueles que serão atingidos pela decisão “*o poder de influenciar no conteúdo da decisão*”⁷, destacando o aspecto substancial do contraditório, que não se limite ao direito de poder de se manifestar e se defender, mas de realmente ser ouvido, além de poder exercer as garantias relativas ao devido processo legal, citando a possibilidade de recorrer como exemplo desse.

Tal ideia de processo democrático como um processo participativo se mostra muito visível na figura do *amicus curiae*. Permitir e até mesmo provocar a participação de um terceiro que possa contribuir à construção de uma decisão justa e efetiva, objetivos do processo apontados no art. 6º do CPC, é concretizar a democracia, como já indicado anteriormente.

Especificamente sobre tal figura, o Código de Processo Civil, no art. 138, prevê:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.⁸

Assim, a lei estabelece os pressupostos para a admissão da intervenção *amicus curiae*, que podem ser divididos, segundo Talamini, em objetivo (“*relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia*”) e subjetivo (dito pela lei como “*representatividade adequada*”).⁹ Cumpridos tais requisitos, a intervenção deve ser admitida.

Não é exigida a autorização das partes para que o *amicus curiae* seja aceito nos autos do processo. Essa admissão, depende, apenas, de manifestação do interessado na intervenção e, cumpridos os requisitos, da decisão do relator ou do juiz acolhendo a intervenção.

⁷ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 142.

⁸ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://goo.gl/BLefd2>>. Acessado em 20/01/2018.

⁹ TALAMINI, Eduardo. “*Amicus curiae* – comentários aos art. 138 do CPC”, em *Breves comentários ao novo CPC* (orga. Teresa Wambier, F. Didier Jr., E. Talamini e B. Dantas), São Paulo, Ed. RT, 2015, p. 438-445.

Assim, por ser a finalidade da intervenção *amicus curiae* tão relevante ao exercício jurisdicional, parece gritante que o juiz não tenha o poder de admiti-la ou não, mas o dever, como afirmado anteriormente. Nesse sentido, cumpridos os requisitos legais, a admissão torna-se um direito líquido e certo.

A possibilidade de atuação do *amicus curiae*, traz consigo a concessão de um notável espaço para que os grupos sociais representativos participem, de maneira efetiva, de decisões judiciárias.

Assim, esse instituto prestigia tais grupos, dentre os quais pode-se incluir as universidades. Assume, dessa forma, condição de instrumento democrático nos procedimentos de uniformização da jurisprudência, de repercussão geral e de controle concentrado de constitucionalidade.

A maior abertura de possibilidades interpretativas, aliada à crescente força vinculante ou meramente persuasiva dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, corroboram a necessidade da ampliação de mecanismos argumentativos de participação social na formação da decisão judicial.

3. ATUAÇÃO DE UNIVERSIDADES COMO *AMICUS CURIAE*

Há diversos precedentes jurisprudencial relevantes, em casos emblemáticos, em que órgãos de universidades foram aceitos em ações judiciais na posição de *amicus curiae*, tanto no Brasil, quanto em nível internacional.

O primeiro caso a ser citado foi a participação do Núcleo de Pesquisas Constitucionais da UFPR, ora requerente, que figurou como *amicus curiae* na ADI 5543/DF, perante o STF, cuja ação discutia a inconstitucionalidade do art. 34, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde.

Nesse caso, o relator, Ministro relator, Luiz Edson Fachin, admitiu o *amicus curiae* com os seguintes fundamentos: “os núcleos exibem evidente representatividade quanto à matéria em questão, podendo contribuir de forma relevante, direta e imediata no tema em pauta, enriquecendo o debate e auxiliando a Corte na formação de sua convicção”. Além de servir como “ambiência de aprendizagem necessária para implementação do projeto pedagógico do curso de Direito”.¹⁰

O segundo caso de atuação de Universidades, também perante o STF, foi a atuação destacada da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), na ação da ADPF 347 sobre o “Estado de coisas constitucionais no Sistema Penitenciário”.

Além dos casos já mencionados, também podemos citar: (i) Recurso de Revista 243000-58.2013.5.13.0023, que versava sobre a configuração de danos morais ao empregado em razão da exigência de apresentação certidão

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543/DF**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Publicação em 16/09/2016. Disponível em: <<https://goo.gl/9zE5BB>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

de antecedentes criminais pela empresa, em que foi admitida a participação do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania da Universidade de Brasília (UnB); **(ii)** ADI 4650, de relatoria do ministro Luiz Fux, que contou com participação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em que se discutiu o financiamento de campanhas por empresas privadas; **(iii)** ADPF 132, que discutiu o tema do reconhecimento da união homoafetiva e contou com a participação de diversas instituições como *amici curiae*, dentre elas o Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais.

Em âmbito internacional as universidades também têm atuado como *amicus curiae*, podendo citar os seguintes casos: **(i) Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil em que se discutiu a prática de trabalho forçado e servidão por dívidas em uma fazenda no Estado do Pará.** Neste caso participaram 7 *amici curiae*, são eles a) Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, Universidade Federal do Pará; b) Instituto de Democracia e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Peru; c) International Trade Union Confederation; d) Universidade do Norte da Colômbia; e) Human Rights in Practice; f) Tara Melish, professora Associada da State University of New York e g) Business and Human Rights Project, University of Essex; **(ii) Caso Furlan e Familiares versus Argentina**, julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo qual a Faculdade de Direito da Universidade de Los Andes da Colômbia atuou na qualidade de *amicus curiae* nesse caso que tratava da demora excessiva do Estado em produzir uma resposta sobre o oferecimento de tratamento médico a uma criança portadora de deficiência.

Portanto, as universidades têm atuado de forma frequente como *amici curiae*, justamente por trazer elementos e discussões aprofundadas sobre a matéria em discussão. Foi nesse cenário, de inclusão e democratização da jurisdição, que a Universidade Federal do Paraná requereu sua participação na APC 0000127-37.2017.5.09.0657, na qualidade de *amicus curiae*.

4. O CASO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA BANIMENTO DO AMIANTO NO PARANÁ

A ação civil pública em questão tem por objeto a tutela da saúde e da vida dos empregados e ex-empregados da empresa Eternit S.A., que estão ou estiveram em exposição ao amianto na planta industrial estabelecida no Município de Colombo, bem como a promoção da higidez do meio ambiente de trabalho em que o agente químico é utilizado como matéria prima.

O Ministério Público do Trabalho no Paraná defende a tese de que a tese do uso controlado do amianto está superada pelos tratados internacionais sobre

direitos humanos dos quais a República Federativa do Brasil é signatária, e, ainda, que há constatação concreta de que a tese do uso seguro apresenta gravíssimas falhas estruturais e sistemáticas, de modo que persiste a exposição dos trabalhadores ao risco de contaminação pela substância. Ademais, os preceitos normativos fixados pelas Convenções nº 139 e 162 da Organização Internacional do Trabalho determinam a substituição do amianto.¹¹

O Ministério Público do Trabalho no Paraná pugnou pela responsabilidade objetiva da empresa pelos danos ocasionados aos trabalhadores expostos ao amianto, a qual, se reconhecida, exclui a necessidade de se perquirir, em concreto, a presença de dolo e culpa pela materialização dos sintomas inerentes às doenças relacionadas à exposição ao amianto. Tal responsabilidade objetiva decorre da poluição do meio ambiente do trabalho em todas as unidades fabris da Eternit S.A., cujos efeitos deletérios são e serão sentidos, por décadas, pelos ex-trabalhadores, atuais empregados, e familiares respectivos.

De acordo com o MPT-PR, a medida adequada é a substituição do mineral por fibras alternativas menos nocivas à saúde humana, entretanto, subsidiariamente, o MPT-PR pede pela manutenção de baixas concentrações de fibras de amianto, de acordo com a cláusula nº 73 do acordo nacional do uso seguro do amianto, combinado com os artigos 3º e 7º, § 2º, ambos da Lei nº 9.055/95, que determinam a redução da exposição ao amianto, utilizando parâmetros definidos para o controle da concentração de fibras, bem como outras medidas que assegurem que a exposição não seja tão significativamente danosa.

O Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal do Paraná (NPJ), junto ao Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas, da mesma universidade, e a Associação Paranaense das vítimas expostas ao amianto e aos agrotóxicos - APREAA, postularam seu ingresso na ação civil pública na posição de *amicus curiae*.

Como já abordado, o *amicus curiae* integra a relação jurídica processual não como parte, mas sim como fornecedor de subsídios jurídicos e/ou probatórios que possam auxiliar na resolução da demanda. Portanto, a figura do *amicus curiae* possui natureza *sui generis*, ou seja, singular, não se enquadrando no conceito clássico de parte processual, atuando, em verdade, como colaborador do Juízo para o deslinde de matéria relevante na demanda, devido à sua especificidade e ao grau de repercussão social da controvérsia.

¹¹ Isso porque a Lei n. 9.055 de 1995 assim dispõe: “Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinhas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei”. Portanto, permite a utilização do amianto branco, variedade menos danosa que as demais. De toda a sorte, a lei de 1995 estaria superada pelas Convenções 139 (“Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos”) e 192 (“Convenção n.º 162 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a segurança na utilização do amianto”).

Consiste numa prática de diálogo cada vez mais frequente, principalmente nos tribunais superiores, que visa incluir diferentes representantes da sociedade civil nas soluções das demandas de alta repercussão social.¹²

A possibilidade de desenvolver práticas dialógicas é muito atrativa. Em primeiro lugar, um diálogo coletivo, por si só, representa uma conotação emotiva favorável, na medida em que permite uma civilizada e respeitosa solução de conflitos em momentos marcados por antagonismos políticos. Em segundo lugar, a proposta que diferentes poderes do governo alcancem acordos “convencionais” afasta os temores e críticas relacionadas com a “imposição” de soluções. As soluções dialógicas, neste sentido, eludem as críticas a “última palavra” judicial e podem ajudar que a política volte a ocupar um lugar proponente no processo de tomada de decisão.¹³

Diante da análise de outros casos em que universidades ou núcleos de pesquisa figuraram como *amici curiae* e da representatividade dos requerentes, o NPJ procurou demonstrar ao juízo a pertinência e a viabilidade do pedido de ingresso.

Ademais, a empresa ré se manifestou pelo improvimento do pedido de inclusão do NPJ, do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia e da Associação Paranaense das vítimas expostas ao amianto e aos agrotóxicos – APREAA na ação, na posição de *amici curiae*, argumentando que os núcleos não possuem personalidade jurídica própria, requisito do art. 138 do Código de Processo Civil para o ingresso nesta posição, e que, os núcleos e a APREAA não possuiriam representatividade para atuar na ação, pois não demonstrada a pertinência de seus temas de pesquisa. O Ministério Público do Trabalho assentiu com a inclusão das entidades da forma pretendida.

Fato é que os órgãos se encaixam no que preconiza o art. 138 do Código de Processo Civil, sendo desnecessária a caracterização de pessoa jurídica, e, conseqüentemente, a juntada de procuração nos autos. Ainda, o juízo não agiu de forma acertada ao intimar as partes a se manifestarem quanto à inclusão dos núcleos e da APREAA como *amici curiae*, tendo em vista que essa figura não comporta objeção das partes, de forma que, uma vez satisfeitos os requisitos legais – independente do interesse das partes – há o direito à participação.

A representatividade por parte dos núcleos de estudo da Universidade Federal do Paraná, em nome próprio, para além da representação da associação, se dá em decorrência da relevância da matéria e do interesse público da demanda.

No que diz respeito à APREAA, sua finalidade específica é a defesa das vítimas do amianto no Estado do Paraná, sendo inegável a sua representatividade. A Associação mantém com a Universidade Federal do Paraná “*Termo*

¹² GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, vol. 14 (Diciembre de 2013), p. 2-3.

¹³ GARGARELLA, *op. cit.*, p. 2-3.

de Cooperação Técnica”, precisamente para fins de assessoria jurídica vinculada aos fins da Associação. Nesse sentido, a UFPR, via Núcleo de Prática Jurídica, também intervém no processo em cumprimento das obrigações assumidas neste termo.

A tese de que a atuação do *amicus curiae* no processo é ampla, e o art. 138 do CPC prevê a possibilidade de participação de “*pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada*”. Assim, a lei autoriza a intervenção do *amicus curiae* como “*órgão*”, vale dizer, além das pessoas naturais e jurídicas, os órgãos estão igualmente legitimados, não sendo necessária a personalidade jurídica.

Ainda, a Universidade Federal do Paraná, somente por se tratar de universidade pública, deve ter reconhecido seu importante papel perante a sociedade, não apenas para formação de profissionais, mas no desenvolvimento social por meio da produção e aplicação de novos conhecimentos. A universidade pública deve ser capaz de retribuir o investimento que recebe, por meio das contribuições da sociedade, desenvolvendo pesquisas e projetos de extensão capazes de solucionar problemas da coletividade e ajudar a promover a justiça e a igualdade social.

Ademais, o curso de Direito, por meio do Núcleo de Prática Jurídica, atua em problemáticas envolvendo o uso do amianto desde 2013, quando passou a desenvolver um projeto de extensão em parceria com a Associação das Vítimas do Amianto no Estado do Paraná - APREAA. Assim, sendo uma temática de interesse público e dada a dedicação do curso de Direito no estudo do tema por meio de pesquisa e extensão, seria devido que o Núcleo de Prática Jurídica e o Núcleo de Pesquisa atuassem na qualidade de *amici curiae* na demanda relatada.

Após as manifestações dos interessados ao ingressar na Ação Civil Pública como *amici curiae*, o juízo assim decidiu (grifamos):

A intervenção de terceiro prevista no art. 138, do CPC, tem por objetivo a ampliação do debate sobre a matéria tratada na lide e viabilização de apresentação de subsídios para a decisão, de forma a incrementar a legitimidade da solução judicial do conflito.

Para isso basta a entidade ou pessoa que pretende a intervenção possuir um interesse institucional, isto é, a matéria debatida deve estar incluída entre os temas em torno do qual a entidade ou grupo de pessoas se associam para aprofundamento dos conhecimentos ou atingimento de determinados objetivos.

Sob esse ponto de vista, **evidente que uma Associação de Vítimas Expostas ao Amianto e aos Agrotóxicos possui interesse em participar do debate sobre os efeitos cancerígenos ou não da utilização de amianto na cadeia produtiva.**

Mesmo que diga respeito apenas ao ambiente de trabalho e não à sociedade em geral, é **legítimo o interesse da APREAA** de que não se produza em ação civil

pública jurisprudência contrária a suas teses. A decisão nesta ação não produz efeitos de coisa julgada em relação à Associação e seus associados, mas pode ter potencial para influenciar futuras lides, ainda que minimamente.

O que não observo, por ora, é a representatividade dessa Associação. Apesar da sua denominação, não há documentos que demonstrem sua existência de fato, congregando universo razoável de vítimas ou familiares de vítimas. A ata de assembleia, ID. a913f1a - Pág. 2, por exemplo, somente menciona nomes da diretoria, não havendo lista de presença. Também não há relação de associados, não para extensão de efeitos de coisa julgada, mas para legitimação da representatividade da Associação.

É verdade que não é exigida a personalidade jurídica para o agrupamento de pessoas para os fins de intervenção como *amicus curiae*. Porém, imprescindível outorga de mandato para a representação judicial através de Advogados. Entendo que esse mandato não exige formalidades, mas é necessária a evidência de que a entidade, órgão, agrupamento ou pessoa legitimada para a intervenção tenha nomeado determinado causídico para a representação.

Nesse sentido, verifico que a APREEA efetivamente outorgou mandato, conforme ID. 7b6e92b - Pág. 1.

Portanto, o único requisito que entendo ainda não satisfeito é o da representatividade da APREEA.

Porém, como não verifico prejuízos à demanda, considerando os limites de atuação do interveniente na forma do art. 138, do CPC, admito precariamente a intervenção postulada pela APREEA, que deverá comprovar em 20 dias a sua representatividade.

Quanto ao Núcleo, julgo que o interesse é apenas acadêmico, porque o debate judicial instaurado seria apenas um objeto de estudos e reflexões, não havendo interesse institucional na apresentação de subsídios à demanda. A comunidade que congrega é acadêmica, com interesse genérico em qualquer evento jurídico, não especificamente com o tema abordado nesta ação. Como ente de estudos, não existem razões para interferir no resultado da demanda, defender teses, sequer oferecendo subsídios. Para a finalidade dos Núcleos o distanciamento e não intervenção na solução são os valores com maior utilidade para os seus objetivos acadêmicos.

Com isso, falta-lhe igualmente a representatividade de um grupo de pessoas que possam ser atingidas reflexamente pela decisão.

Por tal razão, não admito o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal do Paraná ou Núcleo de Pesquisa como *amicus curiae*.

A intervenção da Associação não poderá acarretar tumulto processual, retardar a solução da lide, provocar embates que desqualifique tecnicamente a intervenção. Enfim, sua admissão tem por objetivo exclusivo colaborar com o desfecho mais justo possível da demanda, não sendo parte, mas tendo igualmente o compromisso da lealdade processual.

Por isso, a decisão de intervenção será revista a qualquer tempo caso observado que em prejuízo ao andamento processual.

Poderá a associação defender teses, requerer produção de provas técnicas e orais (limite de três testemunhas), formular perguntas, apontar equívocos na produção de provas. Porém, não terá direito a recursos uma vez que não

é parte, podendo, isto sim, acrescentar ou rebater argumentos de eventuais recursos, mandados de segurança, correição e outras medidas processuais formuladas pelas partes.¹⁴

O juízo fundamentou que a Associação de Vítimas Expostas ao Amianto e aos Agrotóxicos – APREAA possui interesse em participar do debate sobre os efeitos cancerígenos ou não da utilização de amianto na cadeia produtiva, sendo legítimo seu interesse de que não se produza em ação civil pública jurisprudência contrária a suas teses.

Entretanto, juízo não observou a representatividade da Associação, argumentando que apesar da sua denominação, não há documentos que demonstrem sua existência de fato, congregando universo razoável de vítimas ou familiares de vítimas.¹⁵ Porém, como não foram verificados prejuízos à demanda, considerando os limites de atuação do interveniente na forma do art. 138, do CPC, admitiu-se precariamente a intervenção postulada pela APREAA.

No que diz respeito aos Núcleos, foi decidido que o interesse na demanda seria apenas acadêmico, não havendo, portanto a representatividade de um grupo de pessoas que possam ser atingidas reflexamente pela decisão. Nestes termos, os núcleos de pesquisa não foram admitidos no processo como *amici curiae*.

Pela decisão do juízo da 1ª Vara do Trabalho de Colombo, percebe-se que, embora a Constituição e o Código de Processo Civil preverem a maior possibilidade de diálogo entre a jurisdição e a sociedade, a figura do *amicus curiae* ainda não é bem compreendida pelo Judiciário.

Ora, as universidades, sobremaneira as universidades públicas, têm papel fundamental na construção dialógica do conhecimento. O interesse das universidades em prol da comunidade é deveras reconhecido, possuindo muito mais que um “*interesse apenas acadêmico*”.

Desta forma, o instituto do *amicus curiae*, amplamente defendido pelo presente texto, ainda assume postura tímida diante de um Judiciário que deturpa esta figura que, ao nosso ver, somente vem acrescentar às decisões judiciais.

5. CONCLUSÃO

O Processo Civil atual, regulado pela Lei 13.105 de 2015, a qual faz referência à Constituição Federal como também fonte legal de tal matéria, tem

¹⁴ BRASIL. 1ª Vara do Trabalho de Araucária/PR. **Ação Civil Pública nº. 0000127-37.2017.5.09.0657/PR**. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Eternit S/A. Juiz do Trabalho: Waldomiro Antonio da Silva. Publicação em 09/08/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/2vnVJL>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

¹⁵ Embora entendendo ser desnecessária a apresentação de relação nominal dos associados à APREAA, pois não se trata de ação coletiva promovida pela Associação, mas sim de ingresso na posição de *amicus curiae*, em cumprimento à determinação do juízo, foi apresentado rol de vinculados à associação.

cunho evidentemente democrático. Hoje um processo alheio a tal compromisso, desprovido de participação efetiva, de debate e diálogo, não é um processo legítimo.

Restou evidenciado durante o processo artigo tal conexão entre processo e democracia. E nisso se encaixa a figura do *amicus curiae*, valoroso instituto que possibilita de forma mais aberta e direta a participação no processo de sujeitos com representatividade adequada, em processo com grande repercussão social, por exemplo.

A ação aqui apontada trata-se de evidente caso em que seria cabível tal modalidade de intervenção de terceiro. Restou claro que a Ação Civil Pública tem um objetivo gritantemente relevante à sociedade, já que o banimento do amianto é de interesse não só dos trabalhadores, de suas famílias ou das comunidades que cercam as fábricas, mas de toda o conjunto social. Isso porque a vida, a saúde e a integridade são interesses de toda a coletividade.

No que se refere à intervenção da Universidade Federal do Paraná, através de seus núcleos, foram amplamente exploradas as razões que fundamentam o pedido de intervenção. As universidades devem ter reconhecido seu importante papel perante a sociedade, não apenas para formação de profissionais, mas no desenvolvimento social por meio da produção e aplicação de novos conhecimentos.

Ademais, no caso específico da Ação Civil Pública, o curso de Direito, por meio do Núcleo de Prática Jurídica, atua em problemáticas envolvendo o uso do amianto desde 2013, quando passou a desenvolver um projeto de extensão em parceria com a Associação das Vítimas do Amianto no Estado do Paraná – APREAA.

Assim, sendo uma temática de interesse público e dada a dedicação do curso de Direito no estudo do tema por meio de pesquisa e extensão, seria devido que o Núcleo de Prática Jurídica e o Núcleo de Pesquisa atuassem na qualidade de *amici curiae* na demanda relatada. Infelizmente, na Ação Civil Pública em questão, o instituto do *amicus curiae* foi deturpado pelo juízo, impedindo que a Universidade Federal do Paraná pudesse trazer elementos que contribuíssem para a solução do caso.

Portanto, como destacado, uma vez cumpridos os requisitos do CPC, seria dever do juiz deferir tal intervenção, visto que essa se destina claramente a construir uma decisão mais justa, profunda, adequada, participativa, e, logo, mais democrática.

As Universidades são centros de excelência, teórica e prática, e a participação dessas como *amici curiae* em processos com representatividade de seus mais variados campos de estudo só tem a somar e contribuir ao processo, à democracia e à sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 1ª Vara do Trabalho de Araucária/PR. **Ação Civil Pública nº. 0000127-37.2017.5.09.0657/PR**. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Eternit S/A. Juiz do Trabalho: Waldomiro Antonio da Silva. Publicação em 09/08/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/2vnVJL>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<https://goo.gl/occ4NR>>. Acesso em 20 de Janeiro de 2018.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://goo.gl/BLefd2>>. Acesso em 20 de Janeiro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543/DF**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro - PSB. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Publicação em 16/09/2016. Disponível em: <<https://goo.gl/9zE5BB>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. v. 1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. Revista Argentina de Teoría Jurídica, vol. 14 (Diciembre de 2013), p. 1-32.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v. 1. 3. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Amicus curiae – comentários aos art. 138 do CPC**. In: Breves comentários ao novo CPC (org. Teresa Wambier, F. Didier Jr., E. Talamini e B. Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO 18

ROMPENDO O DIREITO TRADICIONAL: A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA POPULAR JUNTO ÀS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DO BAIXO-PARNAÍBA MARANHENSE

*Jordana Letícia Dall Agnol da Rosa
Ruan Didier Bruzaca*

RESUMO: Estudo realizado acerca da atuação da advocacia popular junto às comunidades quilombolas do Baixo-Parnaíba maranhense como forma de ruptura ao direito tradicional. Examina-se o tema a partir da contextualização histórico-jurídico-social dos remanescentes quilombolas no Maranhão. Situa-se, ademais, o trabalho da advocacia popular no Estado enquanto instituição de justiça, pontuando, ainda, sua articulação perante as comunidades do Baixo-Parnaíba e sua colaboração local para a ruptura ao direito tradicional nas instâncias judiciais. Preleciona-se que a advocacia popular promove nova roupagem aos conflitos envolvendo comunidades quilombolas, na qual o judiciário, bem como outras instituições, não se alinha, preconizando, por isso, decisões que fortalecem a dominação no Direito. É a advocacia popular, portanto, aliada a contracultura judicial, colaborando, nesta medida, à salvaguarda dos direitos dos quilombos. Parte-se de uma exploração que contorna diversas concepções pré-prontas, concebendo familiarização com a temática por meio do estudo da atuação da advocacia popular no cenário quilombola, tendo como marco teórico autores das teorias jurídica crítica e pluralismo jurídico no Brasil. Delimita-se a presente pesquisa, portanto, ao âmbito teórico, vez que se trata de análise bibliográfica, tendo como suporte, todavia, outras bases procedimentais, tais como pesquisa documental, por meio da análise de processos, e entrevistas qualitativas com membros das instituições maranhenses, em especial da advocacia popular, tais como Centro de Cultura Negra e Secretaria Maranhense de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia popular. Comunidades quilombolas. Baixo-Parnaíba maranhense.

INTRODUÇÃO

Os quilombolas possuem características cultural, econômica e socialmente próprias, quesitos estes pouco atentados em questões tais como os conflitos possessórios. Tal fato, inclusive, não se difere na realidade maranhense, onde, em regiões como o Baixa-Parnaíba, raramente se pretere as relações culturalmente construídas.

O Direito, portanto, historicamente usufrui de conceitos socialmente dominantes para aplicar seus paradigmas e perpetrar relações formalmente construídas. Há, entretanto, movimentos e instituições, como a advocacia popular, que remam contra a lógica aplicada, adentrando ao âmbito jurídico não só para desestabilizá-lo, como também para inserir os grupos, até então, destituídos de

voz, ao debate que lhes diz respeito. O entrave, porém, vislumbra-se na viabilização desse propósito. De que forma articular-se com as comunidades corroboraria para a ruptura do Direito até então conhecido?

Os problemas historicamente perpetrados com a má divisão de terras criou um contexto cruel e sorrateiro para os quilombos, onde se denomina proprietário aquele que usufrui de objetos formais que o definam, e nunca os que possuem seus enlacs confundidos com a própria história que envolve a terra em que cresceram.

Ocorre, assim, que domina a terra aquele que economicamente se sobressai, estando os direitos sociais, com isso, à deriva de uma aplicação mercantil do Direito, que dele pouco promove justiça social, e muito alavanca o pretensão Estado de poucos.

Portanto, faz-se necessária uma análise acerca da atuação da advocacia popular, exatamente pela mesma se envolver, diferentemente das instituições de justiça formais, de características populares e sociais, que inovam a maneira de relacionar o Direito com os povos, principalmente aqueles diametralmente distintos da conjuntura formalista e tradicional jurídica.

No presente trabalho, com isso, será pautado os enfrentamentos de tal instituição em articulação com as comunidades quilombolas do Baixo-Parnaíba maranhense, principalmente pela realidade local ser tomada por disputas de terra, que não só se envolve de factuais lutas “identitárias”, como também de pretensas inviabilidades sociais e dignitárias, indubitavelmente se fazendo necessitar do alarde e valência por parte do Poder Público.

Examina-se, assim, o contexto do Baixo-Parnaíba maranhense através de breve análise histórico-sócio-jurídica da região, situando as instituições que compõem a advocacia popular no Maranhão e, ademais, pontuando a atuação destas e suas articulações perante as comunidades quilombolas da região, de forma a se compreender a práxis local, bem como entender os caminhos adotados a fim de romper o direito tradicional no estado.

Utiliza-se de pesquisa documental, cujo vislumbre se pauta na análise de processos envolvendo as comunidades do Baixo-Parnaíba maranhense e em que se identifique a atuação dos membros da advocacia popular enquanto instituições do sistema de justiça, sendo estes, em suma, Centro de Cultura Negra - CCN, Fórum em Defesa da Vida do Baixo Parnaíba Maranhense, Sociedade Maranhense de Direitos Humanos - SMDH, Diocese do Município de Brejo, Comissão Pastoral da Terra - CPT, Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas do Maranhão - ACONERUQ e Movimento Quilombola do Maranhão, os quais partem de um diálogo direto com as comunidades quilombolas, atuação conjunta, esta, facilitada pelos movimentos sociais e assessorias jurídicas, tal como o Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular - PAJUP, grupo ao qual os autores são membros.

Analisa-se, ainda, a situação de acesso à terra por parte dos remanescentes quilombolas, buscando os procedimentos existentes no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e no Instituto de Terras do Maranhão, bem como o reconhecimento das comunidades perante a Fundação Cultural Palmares.

As conclusões deste artigo, ademais, partem da análise de entrevistas qualitativas realizadas com membros da Sociedade Maranhense de Direitos Humanos – SMDH, Centro de Cultura Negra – CCN, das comunidades quilombolas da região, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, Ministério Público Federal – MPF/MA e Justiça Federal.

Este artigo é fruto de plano de trabalho¹ de projeto de pesquisa² anterior, e parte de um levantamento de bibliografias relevantes, situando as legislações pertinentes ao tema e abordando áreas como Direito, Antropologia e Sociologia, por isto usufruindo de autores da teoria jurídica crítica e do pluralismo jurídico no Brasil.

Desta feita, a presente pesquisa apresenta caráter jurídico-exploratório, estando seu desenvolvimento inerente a materiais bibliográficos e pré-prontos, possibilitando, também, vislumbre jurídico-comparativo e histórico-jurídico (Gustin 2010), por meio da contextualização da situação dos quilombos no Baixo-Parnaíba, desenvolvendo críticas aos institutos fomentados no Direito, demonstrando, assim, pretensa postura político-ideológica.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO-SOCIAL DOS REMANESCENTES QUILOMBOLAS DO MARANHÃO

Compõem a região do Baixo-Parnaíba Maranhense, às margens do Rio Parnaíba, divisa com o estado do Piauí, conforme Jordana da Rosa (2018), os municípios de Araioses, Tutoia, Santana do Maranhão, Água Doce do Maranhão, Santa Quitéria do Maranhão, São Bernardo, Magalhães de Almeida, Anapurus, Mata Roma, Chapadinha, São Benedito do Rio Preto, Urbano Santos, Belágua, Vargem Grande, Brejo e Buriti.

A região é composta por particularidades, tais como a existência de diversos conflitos possessórios, em face não só da histórica concentração de terras no estado do Maranhão, mas também das disputas envolvendo o agronegócio.

¹ *Tutela de direitos das comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense pela postulação de instituições de justiça estatais nas ações possessórias.* Plano de trabalho da bolsista Jordana Letícia Dall Agnol da Rosa, pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – BIC-FAPEMA, no projeto de pesquisa abaixo referido.

² *Atuação das instituições do sistema de justiça na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba maranhense.* Início: 2016. Integrantes: Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela (coordenador), Jordana Letícia Dall Agnol da Rosa e Arthur Nunes Lopes Martins. Financiador: Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FAPEMA. Projeto BIC-05682/16 (DOEMA 27/10/2016).

O território dos citados municípios é composto de diversas comunidades quilombolas, uma vez que a localidade compõe as antigas rotas da Companhia de Comércio do Grão-Pará e Maranhão, a qual estimulou durante o século XIX a produção de arroz, algodão e cana-de-açúcar na região (Almeida 2013).

Mais que isso, o Baixo-Parnaíba se localiza nas extensões das antigas fazendas escravocratas do estado, e remonta uma das maiores histórias de resistência à escravidão brasileira, exatamente porque a região, juntamente da Baixada Ocidental maranhense, concentrou o maior número de escravos do país (Almeida 2013), pois foi berço de uma das maiores rebeliões da história do Brasil, liderada por um dos maiores guerrilheiros já sabidos: Negro Cosme, o líder da insurreição negra que fez a Balaiada.

Ainda, os territórios remontam a povoamentos de lavradores, os quais fizeram da pesca, extrativismo, artesanato, dentre outras manifestações culturais, parte de sua identidade e tradição (GERUR 2016), seja porque descendem diretamente de negros escravizados, ou simplesmente porque se instalaram às margens das comunidades, passando a elas compor.

É fato que, embora tomados da identidade das “Terras de Preto”, desenvolvendo relação com a terra de maneira completamente diferente dos moldes da propriedade, os quilombos locais vêm tendo, aos poucos, suas realidades modificadas pela atuação inconsequente de empresas, à exemplo da Suzano Papel e Celulose, uma das principais responsáveis por problemas socioambientais e violência no campo, no Maranhão (GERUR 2016).

O latifúndio na região, inclusive, ainda é envolto dos resquícios escravocratas, já que, da mesma forma que se formaram os quilombos, posteriormente sobreveio o coronelismo nas terras brasileiras, que, especificamente no Maranhão, durou até meados da década de 80 (Assunção 1996).

Além das questões culturais, portanto, o entremeio do Baixo-Parnaíba envolve o retrato fiel das problemáticas decorrentes da ausência de reforma agrária, já que os latifundiários ali inseridos não só desrespeitam a memória negra, como também desmerecem os fatores constitucionais que rondam a proteção aos quilombos.

Somente nos entremeios dos municípios de Buriti e Brejo, encontram-se cerca de 18 comunidades quilombolas, sendo 14 delas já certificadas pela Fundação Cultural Palmares (Santos 2018), fato não suficiente para legitimar aos grandes proprietários de terra, bem como ao judiciário, o direito dos membros quilombolas.

Os cerca de 23 mil hectares, e mais de 1.623 famílias que vivem na região denominada Saco das Almas (Santos 2018), parecem irrelevantes quando a discussão envolve as temáticas posse e propriedade.

Tal fato se dá porque, embora, via de regra, os quilombos maranhenses remontem à ancestralidade negra, tal aspecto se revela plural no território do es-

tado, visto a diversidade cultural, artesanal, religiosa, e dos meios de relação com a terra (Rosa 2018), que podem modificar tal vínculo, e destituir, inclusive, os paradigmas de que somente viria a ser quilombola o perfil tipicamente negroide.

Deste prospecto, inclusive, se adentra ao fundamento de *autodefinição*, mecanismo antropológicamente criado para denominar o verdadeiro legítimo para se intitular “quilombo”: o quilombola.

Quanto a este fato, há extrema discussão judicial, já que raramente o ordenamento, às vias do Judiciário, entende como factível tal critério para o reconhecimento jurídico-formal de tais povos, bem como a demarcação de suas terras.

Segundo Almeida (2008), o Direito Brasileiro se prende aos formalismos civis, os quais apenas entendem como válidos os procedimentos legalmente construídos, onde, fora disso, se estaria frente a uma verdadeira incerteza criteriológica – a burla ao sistema.

Sendo assim, o vislumbre judicial monta os quilombos, no caso maranhense, como coisas para o mercado, de modo a não os enquadrar ao título abstrato de “detentores” (Bruzaca; Vieira 2017), e nem mesmo de quilombolas, protegidos, constitucionalmente, nos vieses da história, memória, cultura, dentre outros aspectos.

Portanto, a forma, por parte dos proprietários de terra, de enxergar as peculiaridades das comunidades do Baixo-Parnaíba e suas fragilidades, foi propulsora para legimitar a violência no campo, de modo que o mecanismo coercitivo e de controle atua em prol da tomada local pelos que ali nada construíram (Cabral 2017).

Tornou-se a força bruta um meio comunicacional, o qual pouco atenta às necessidades dos que ali vivem e muito, porém, corroboram para o desenvolvimento dos aparatos de poder (Cabral 2017).

2. AS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA MARANHENSES: ADVOCACIA POPULAR EM FOCO

Haja vista a histórica deslegitimação judicial das questões quilombolas maranhenses, surgiu no estado, desde o final do século XX, fortes movimentos que buscaram não só lutar pela memória quilombola, como também provar legítima a proteção da posse dos territórios dos quilombos (Almeida 2013).

O Estado do Maranhão possui uma das maiores demandas quilombolas do Brasil (Soares 2018), razão pela qual se fez necessária a construção de outros caminhos para a proteção dos direitos de tais povos, exatamente porque, embora cercados pelas previsões constitucionais da Carta Magna de 1988, estes ainda sofrem sérias consequências da exclusão pela terra.

Dentre as principais instituições que atuam em demandas quilombolas no estado, sobressaem os trabalhos do Centro de Cultura Negra – CCN,

Fórum em Defesa da Vida do Baixo Parnaíba Maranhense, Sociedade Maranhense de Direitos Humanos - SMDH, Diocese do Município de Brejo, Comissão Pastoral da Terra - CPT, Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas do Maranhão - ACONERUQ e Movimento Quilombola do Maranhão, todos voltados à defesa dos territórios dos quilombos através da visão do próprio membro comunitário.

O Movimento Quilombola no Maranhão se insere como uma das principais forças à luta quilombola na década de 80, período conturbado ao território maranhense, visto que se traçava verdadeiro enfrentamento às políticas antiquadas dos séculos XVIII e XIX, à época ainda poderosas no estado (Almeida 2013), e à própria chegada do “desenvolvimento” minerador à região.

Conjuntamente, o Centro de Cultura Negra, fundado aos meados dos anos 70, representou forte apoio às mobilizações, assim como a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, pois estes demandaram verdadeiros projetos de investigação das áreas dos quilombos e, mormente, realizaram inegáveis investes à proteção judicial dos quilombolas quando, estes, tiveram suas terras acionadas no judiciário por particulares (Almeida 2013).

A Fundação Palmares, por sua vez, além de criada para formalizar a existência de comunidades quilombolas, teve como condão assessorar juridicamente as comunidades, e desenvolver, com estas, projetos e afeição à programas voltados às políticas públicas (Rosa 2018).

Somente após tais instituições, portanto, surgiu a tematização dos conflitos quilombolas no estado, ganhando força as discussões acerca da legitimação cultural destes e, principalmente, a importância da sistematização do art. 68 da Constituição, o qual prevê a proteção de tais grupos étnicos, uma vez que estes compõem parte importante à história do país e restaram fundados em aspectos culturais completamente distintos dos ditames modernos.

O Estado do Maranhão, assim, se entremeia aos movimentos sociais e à advocacia popular para resistir aos enlaces dos conflitos possessórios, todavia, tal fato não significa necessária aceitação jurídica à atuação das instituições populares, já que, como dito, o agronegócio vem comandado as regiões maranhenses, principalmente sob a promessa de desenvolvimento local.

É deste cenário de consagração da intervenção latifundiária que engendraram forças outros movimentos, como o Fórum em Defesa da Vida do Baixo Parnaíba Maranhense, Diocese do Município de Brejo, Comissão Pastoral da Terra - CPT e Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas do Maranhão - ACONERUQ, todos objetivados a promover a conscientização acerca da importância dos direitos fundamentais e humanos, e da necessidade de representação quilombola nas estruturas jurídicas, tais como nos debates à níveis nacionais, ou mesmo nas estruturas estaduais, como frente ao Instituto de Colonização e Terras do Maranhão - ITERMA, ou ao próprio Instituto

Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, órgão responsável pela titulação das terras quilombolas.

Os espaços públicos maranhenses passaram, assim, a contar com a atuação de instituições para além das constitucionalmente alocadas, tais como o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União.

O gerenciamento da temática por parte dos membros das comunidades quilombolas, ou pessoas dispostas a colaborar com a questão, ecoou, finalmente, a possibilidade de existência de diferentes modos de uso do território, ou de aspectos como o auto reconhecimento, de modo a lutar pela preservação dos costumes datados de enfrentamentos históricos, e pela própria identidade negra maranhense.

A performática adotada no Maranhão, com isso, demonstrou a própria insatisfação com as instituições formais, inegavelmente tomando aporte aqueles que de fato se engajaram nas lutas quilombolas, situados como novos movimentos sociais (Almeida 2013).

Atualmente, assim, as reivindicações ultrapassam a mera insurgência nas ruas, tomando força efetivamente no desmonte ao Direito Tradicional pelas vias do próprio Direito, fato percebido ante à atuação jurídica de tais instituições, que não só buscam coibir as práticas coronelistas, mas impedir o próprio sobressalto dos institutos jurídicos aos direitos fundamentais à saúde, moradia, educação, cultura e identidade étnico-racial dentro dos processos judiciais envolvendo comunidades quilombolas.

3. A ADVOCACIA POPULAR MARANHENSE E O CENÁRIO QUILOMBOLA NO JUDICIÁRIO: RESISTÊNCIA AO DIREITO TRADICIONAL

Os impactos da atuação do agronegócio na região do Baixo-Parnaíba montam cenários alarmantes, que desmerecem a cultura local, como também consomem das terras o que de mais férteis possuem (Rosa 2018).

As constâncias conflitivas no Baixo-Parnaíba, portanto, inegavelmente ultrapassam a ausência de efetivas políticas públicas pós-abolição. Representam, em verdade, a omissão das instituições Estatais, e não só ante à força mercantil. Constituem, porém, verdadeiro apreço pelos mecanismos jurídicos ultrapassados do direito civil, pois se veem ignorando garantias constitucionais, em prol não só do alvitre poder, mas da permanência da desigualdade na região, e do crescimento e expansão empresarial.

As instituições como a SMDH, Diocese de Brejo e Centro de Cultura Negra, segundo Jordana Dall Agnol da Rosa (2018), representam a busca pela mudança da realidade maranhense a partir da própria mutação dos paradigmas envolvidos ao direito.

Ainda segundo a mesma, têm-se efetivado verdadeira disputa judicial ao que diverge da Constituição, uma vez que a luta quilombola possui fundamento no ordenamento, e não cabe mais aos membros do Poder Público e da sociedade se eximirem do reconhecimento de tais lutas, e da importância que tal força confere à história do país.

Por meio de análise processual, o projeto intitulado *Atuação das Instituições do Sistema de Justiça na Proteção da Posse e do Território nas Ações Possessórias ajuizadas contra Comunidades Quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense*, orientado pelo Professor Ruan Didier Bruzaca, constatou que, no Maranhão, têm ocorrido pretensas irregularidades no trato judiciário à matéria quilombola, uma vez que tais demandas estão sendo entregues ao Poder Judiciário Estadual, que sequer possui competência para julgar as mesmas, simplesmente por falha na aplicação da matéria – uma vez que se tem entendido o conceito de quilombo não como povo culturalmente alocado, mas pelo esteio de *invasores* (Bruzaca 2018).

Prova disso é o conteúdo dos processos 003446979.2011.4.01.3700, 0003737-81.2012.4.01.3700, 003545040.2013.4.01.3700, 0023130-55.2013.4.01.3700, 84610-63.2015.4.01.3700, 0051743-51.2014.4.01.3700 e 0013982-88.2011.4.01.3700, aqui analisados, todos localizados na Justiça Federal, com sede em São Luís/MA, onde se constata a efetiva atuação da advocacia popular enquanto instituição de justiça, vez que tais autos não se tratam de processos originados na instância federal, mas estadual, os quais necessitaram de intervenção para a declinação de competência, sendo tal ingerência não proveniente dos Ministérios Públicos, mas, em verdade, de instituições como Secretaria Maranhense de Direitos Humanos e Centro de Cultura Negra.

Segundo Arthur Nunes Lopes Martins (2018), tais fatores decorrem do fato de que não há o reconhecimento de verdadeira relação tradicionalmente estabelecida, por isso se desmantelando a cultura quilombola, visto que as instituições pouco se atentam ao cunho constitucional da questão, e muito se prendem aos mecanismos civis.

Nos processos ora analisados, inclusive, percebe-se outra questão fulcral, pois ao passo que não se reconhece a matéria como de cunho quilombola, compreende-se a mesma pelo esteio privado. Neste diapasão, os processos acabam por incorrer em inaceitáveis erros técnicos, já que, quando em ações possessórias, tem-se por discutida efetiva propriedade, o que por si só obsta os direitos dos povos alocados nas terras discutidas, vez que o Instituto de Colonização e Reforma Agrária – INCRA apenas finaliza suas titulações ante a ausência de conflitos judiciais.

Cabe ponderar que tal aspecto, embora criticável, não se destitui historicamente de fundamento, já que a cultura brasileira se criou nos esteios escravocratas, de modo a se prosseguir à exclusão colonialista, sendo o contexto

agrário e fundiário ideais para a efetivação da articulação mercantil, *pari passu* à restrição identitária (Almeida 2008).

A “propriedade” quilombola, contudo, é terra que se revela como condição de existência de um grupo, revelando a singularidade deste, e o denotando como forma de orientação social e transmissão de valores (Almeida, Pereira s.d.).

Todavia, isto não se faz como enfoque principal das decisões dos magistrados locais, bem como da postura das instituições de justiça “oficiais”, razão pela qual se permite circunstâncias de constância inconstitucionalidade, já que, segundo Filipe Farias (2018, p. [?]), advogado do Centro de Cultura Negra, no Baixo-Parnaíba há “situação peculiar, tanto que tem uma denúncia na OEA”, face à “não [...] incidência de políticas públicas nas comunidades”, que inclusive vivenciam “extração mineral irregular”.

É nesta medida que se enxerga como necessidade a partida por uma nova perspectiva de análise do Direito, onde os sujeitos deixam de ser quem dele fala, para serem quem da realidade vive: seria um panorama para além de uma ponte entre sociedade e justiça, mas a própria abertura de caminhos para o acesso da mesma (Gohn 2011).

Aqui nasce, ademais, o dever das instituições de justiça e dos demais entes a elas envolvidos de promover a noção de que os que vivem na pele a realidade são, de fato, pessoas legítimas para tratarem de suas realidades e para, inclusive, afirmarem o que é a desigualdade e o quem é o Quilombo (Trecani 2006).

Segundo Fernando Rites (2018, p. [?]), advogado da SMDH, “em Brejo a relação toda se dá com paróquias, que tem por função fazer o mapeamento das áreas em conflito”. Sendo assim, raramente o contato das comunidades se dá primeiramente com órgãos como o ITERMA ou INCRA, ou mesmo com os MP, já que em quaisquer procedimentos, primeiro se perpassa pelas pastoraes, como a Diocese de Brejo, e logo após se comunica o advogado da região, normalmente envolvido com a CCN ou SMDH, visto não só o envolvimento deste com as comunidades, mas a própria celeridade que estes promovem nos procedimentos.

Neste aspecto, no Maranhão, as instituições ligadas à advocacia popular têm viabilizado questões para além da mera titulação quilombola, visando o acompanhamento das ações possessórias, e impedindo o entranhamento das demandas (Rosa 2018).

Segundo Diogo Cabral (2018, p. [?]), advogado da SMDH, Federação dos Trabalhadores Rurais do Maranhão – FETAEMA e da Comissão Pastoral da Terra – CPT, há severas atecnias do judiciário no que concerne a “interpretação acerca do que é a propriedade, pois a propriedade está definida no Código Penal e na Constituição Federal, segundo as definições sobre a proteção possessória que a Constituição Federal e o Código Civil estabelecem”. Conforme o mesmo as definições acerca de direitos territoriais no ordenamento jurídico

são extremamente prejudicadas “desde a formação do juiz na escola de magistratura” (p. [?]).

Isto porque não teria a propriedade, quando dos processos acompanhados pela SMDH, e ora analisados, esteio constitucional de função social ou posse qualificada pela moradia, trabalho e manifestações culturais. “Há uma prevalência ao direito de propriedade sem os limites que a constituição estabelece, em detrimento de outras normas que também estão na constituição federal ou no nosso ordenamento jurídico” (CABRAL, 2018, p. [?]), razão pela qual se constata como violência a ausência de técnica, quanto a este aspecto, no direito, a qual não só deixa de evocar as peculiaridades dos sujeitos, como também desenvolve pretensas arbitrariedades.

A exemplo, Diogo Cabral, quando da entrevista acima suscitada, cita que já houve na região ora estudada circunstâncias inacreditáveis, tais como determinação de desalojamento compulsório de toda uma comunidade, sob, efetivamente, alegação de propriedade, cujo título não estava provado em cartório, e isto em sede de Ação Possessória.

Assim sendo, a atuação historicamente conjunta de tais instituições vem, aos poucos, desmantelando o desenvolvimento do agronegócio, uma vez que se utilizam do próprio direito como resistência aos mecanismos judiciais, impedindo, por exemplo, o prosseguimento das demandas em âmbito estadual, e criando, efetivamente, a tentativa de amplo acesso ao território (Bruzaca 2018).

Conforme Bruzaca (2018), à medida em que a judicialização de conflitos possessórios cresce no ordenamento, se faz imprescindível o estudo das particularidades étnicos-raciais que envolvem a demanda, sob pena de se perpetrar um direito inaplicável e omissivo.

O papel das instituições para além das formalmente constituídas está para muito além da conscientização. Estas aportam verdadeira revolução aos preceitos direitivos, de modo a transpor efetiva ordem entre texto e contexto, sem deixar que fatores contrários à Constituição perpetuem no ordenamento.

O Direito Tradicional, assim, significa a incipiência ao contrassenso institucional, no qual pretere a tradição à modificação da realidade prática, de modo a pouco inferir sobre o contexto, e se prender, em contrapartida, aos desfechos colonialmente instituídos.

O Poder Judiciário ainda é peça fundamental na efetivação das demandas quilombolas, mas a advocacia popular, e os movimentos sociais, ainda são os que verdadeiramente conduzem a ótica constitucional.

A solução das problemáticas envolvendo a omissão estatal às demandas quilombolas não tem mostrado resposta judiciária, mas práxis, onde os verdadeiros protagonistas são os próprios quilombos.

Talvez esta não seja a tradição do direito, e por isso se sobreleva a atuação das instituições maranhenses, não porque somente tomam a postura de

Estado, mas porque efetivamente caminham conjuntamente aos que por si demandam, de modo a construir novas teses em contracultura e, sobretudo, novas realidades constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história maranhense, quanto à luta quilombola, demonstra verdadeiro engodo ao reconhecimento dos direitos em questão, seja através do avanço do agronegócio, seja mediante a atuação da magistratura, que mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não parece espelhar como fonte para suas decisões o histórico de concentração de terras no Brasil e em estados como o Maranhão.

É nesta medida, com isso, que se compreende que deixar de lado o vislumbre étnico-racial de relação com a terra, que nada tem a ver com a propriedade, é omitir-se perante a realização de direitos, ignorando, ademais, a própria importância dos intérpretes do Direito, uma vez que a Constituição não pode ser mera abstração – pois ainda o é.

A propriedade privada ainda é a maneira “legítima” de se relacionar com a terra no ordenamento brasileiro, por isso, a desigualdade histórica de divisão de terras, bem como o reconhecimento de comunidades, quicá quilombolas, ainda é viés que afronta o poder, uma vez que os interesses envolvidos à omissão de tutela se entrelaçam ao mercado da soja, do eucalipto, da mineração, ou seja, dos grandes proprietários de terra e donos de empresas que, por vezes, compõem o próprio poder político-administrativo-jurisdicional do estado.

Ainda está viva a lógica do excluir pelo mercado, e do apagar memórias coletivas através do capital.

É desta concepção, portanto, que se afirma que o emprego da identidade enquanto critério, e do viés comunitário como relação com a terra, embora em constante inquirição, são legítimos aplicadores de direitos. A não observância da autoafirmação, assim, é um desrespeito não só ao modo de vida das comunidades em si, como também clara negação social dos modos de vida que divergem da sociedade moderna.

A diversidade, inquestionavelmente, beneficia a coletividade por meio da memória cultural, histórica e patrimonial abarcada e esta diz respeito à própria proteção da identidade da humanidade como um todo (Treccani 2006).

A importância, por isso, dos que se propõem a discutir tal aspecto e a articular com os sujeitos dos movimentos, vislumbra-se na necessidade de alardear o Estado brasileiro sobre sua incapacidade de relacionar-se com as demandas étnicas, onde o desenvolvimento nacional se torna inquestionavelmente prejudicado ao ignorar a voz dos que não tem alcance para além de seus meios.

A advocacia popular, assim, através da reconstituição dos espaços públicos, consolida o respeito aos direitos humanos, promovendo maior participação daqueles que, no aspecto cidadão, foram calados, compondo a leitura conflitiva não como negação da propriedade, mas como reafirmação desta, de modo que, de fato, esta reitere seu papel funcional e histórico, e não simplesmente mercantil.

Cabe enfatizar, porém, que estas instituições também não estão imunes a problemas administrativos e burocráticos, motivo que explica a importância de se elencar enquanto sujeitos não os que do Direito vivem, mas os que vivem as consequências da aplicação do Direito.

Há uma inegável necessidade de desprendimento do Direito aos paradigmas meramente formais, sob pena de pôr em xeque não só os dispositivos jurídicos brasileiros, mas a própria história do país: a do preconceito, a da violência, a de ser negro.

REFERÊNCIAS

- Almeida, Alfredo Wagner Berno de. 2008. *Terra de quilombo, terras indígenas, "babaquais livre", "castanhais do povo", faixinais e fundos de pasto*: terras tradicionalmente ocupadas. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM.
- Almeida, Alfredo, e Deborah Duprat Pereira. s.d. As populações remanescentes de quilombos – direitos do passado ou garantia para o futuro? *Seminário Internacional As Minorias e o Direito*.
- Almeida, Maria da Conceição Pinheiro de. 2013. O Movimento Quilombola Na Baixada Ocidental Maranhense: história, memória e identidade de comunidades remanescentes de quilombos em Pinheiro. *XXVII Simpósio Nacional de História: conhecimento histórico e diálogo social*, 22-26 jul.
- Assunção, Mathias Röhrig. 1996. Quilombos maranhenses. Em *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Bruzaca, Ruan Didier. 2018 (no prelo). *Atuação das Instituições do Sistema de Justiça na Proteção da Posse e do Território nas Ações Possessórias Ajuizadas contra Comunidades Quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense*. São Luís: PAJUP.
- Bruzaca, Ruan Didier, e Adriana Dias Vieira. 2017. Linguagem dos juristas frente a representações jurídico-culturais de povos e comunidades tradicionais: o caso do conflito possessório envolvendo a comunidade quilombola de São Bento, Brejo/MA. *Prismajur*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 181-204.
- Cabral, Diogo. 2017. Reflexões sobre despejos forçados no Estado do Maranhão. *Revista Catirina*, fev.
- Cabral, Diogo. 2018. Entrevista com a Secretaria Maranhense de Direitos Humanos. Em *Atuação das instituições do sistema de justiça na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense*. São Luís: PAJUP.
- Farias, Filipe. 2018 (no prelo). Entrevista com o Centro de Cultura Negra. Em *Atuação das instituições do sistema de justiça na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense*. São Luís: PAJUP.
- Gohn, Maria da Glória. 2011. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, v. 16, n. 47, mai./ago.
- Grupo de Estudos Rurais e Urbanos (GERUR). 2016. *O agronegócio e os problemas socioambientais no Baixo Parnaíba Maranhense: a luta dos lavradores em defesa de um modo de vida*. 2. ed. São Luís: GERUR.
- Gustin, Miracy Barbosa de Sousa. 2010. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey.
- Martins, Arthur Nunes Lopes. 2018 (no prelo). Atuação do judiciário na tutela de direitos de comunidades quilombolas nas ações possessórias no Baixo Parnaíba Maranhense. Em *Atuação das instituições do sistema de justiça*

na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense. São Luís: PAJUP.

Rites, Fernando. 2018 (no prelo). Entrevista com a Secretaria Maranhense de Direitos Humanos. Em *Atuação das instituições do sistema de justiça na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense.* São Luís: PAJUP.

Rosa, Jordana Letícia Dall Agnol da Rosa. 2018 (no prelo). Tutela de direitos das comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense pela postulação de instituições de justiça estatais nas ações possessórias. Em *Atuação das instituições do sistema de justiça na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense.* São Luís: PAJUP.

Santos, Izalmir Sousa. 2018 (no prelo). Entrevista 03 – Representante da comunidade Bandeira. Em *Atuação das instituições do sistema de justiça na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense.* São Luís: PAJUP.

Soares, Alexandre Silva. Entrevista 01 – Ministério Público Federal. Em *Atuação das instituições do sistema de justiça na proteção da posse e do território nas ações possessórias ajuizadas contra comunidades quilombolas no Baixo Parnaíba Maranhense.* São Luís: PAJUP.

Treccani, Girolamo Domenico. 2006. *Terras de Quilombo: caminhos e entraves do processo de titulação.* Belém: Secretaria Executiva de Justiça – Programa Raízes.

CAPÍTULO 19

MIGRAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Caroline Godoi de Castro Oliveira

“Conheço pessoas, conheço cidades, fazendas, montanhas, rios e rochas; sei como sol poente de outono se esparrama pela face de um certo tipo de terra arada; mas qual o sentido de impor uma fronteira a isso tudo, dar-lhe um nome e deixar de amar o lugar onde o nome não se aplica? O que é o amor pelo seu país? É o ódio pelo seu não-país? Na mesma medida que amo a vida, amo as montanhas, mas esse amor não tem uma fronteira traçada pelo ódio.”

Ursula Le Guin

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende enfrentar, a partir das premissas da concepção contemporânea e da teoria crítica dos direitos humanos, alguns aspectos teóricos frente à realidade fática no que concerne ao tratamento dispensado aos migrantes.

Partindo da concepção dos direitos humanos como processos de luta e do pressuposto de que a normatização desses direitos não significa necessariamente sua concretização, serão feitas algumas considerações sobre os processos migratórios da atualidade.

Em seguida, passar-se-á ao exame de alguns dispositivos legais atinentes aos direitos dos migrantes. Não é o objetivo, no entanto, tecer uma análise minuciosa da legislação aventada, mas trazer alguns contornos que possam delinear o tratamento da legislação pátria dispensada aos migrantes.

Em seguida, serão confrontados os aspectos legais com fatos que revelam o contexto da realidade, a fim de avaliar as aproximações e os distanciamentos com o ideal alvitado pelos direitos humanos, contrapondo aspectos de inclusões abstratas e de exclusões concretas, pretendendo-se situar a realidade brasileira.

II. CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA E TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Impende formular o recorte temporal e teórico utilizados como premissas no presente artigo. Uma vez que o objetivo é analisar os distanciamentos e aproximações entre a teoria e a realidade no contexto atual brasileiro, o enfoque se volta para a concepção contemporânea dos direitos humanos, inaugurada no segundo pós-guerra, bem como na teoria crítica destes, levando em consideração seus fundamentos e limitações.

No que diz respeito à concepção contemporânea de direitos humanos, importante ressaltar que esta é fruto da internacionalização desses direitos¹, e encontra sua estrutura em três principais alicerces, quais sejam, universalidade, indivisibilidade e interdependência, além de ter a dignidade humana como seu fundamento precípuo. A este respeito, Flavia Piovesan assinala:

Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno².

A essencialidade do conteúdo dos direitos humanos erigiu-os a um patamar internacional de proteção, importando a mitigação da noção tradicional de soberania, já que existe uma ordem mundial de proteção aos direitos humanos, não sendo mais a proteção da dignidade humana matéria de domínio reservado às jurisdições domésticas.

No entanto, mesmo diante do grande aparato que sustenta e busca salvaguardar os direitos humanos, segundo a clássica lição de Norberto Bobbio, estes não nascem todos de uma vez, e nem de uma vez por todas³.

A partir desta premissa, é possível traçar os contornos da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, com base fundamentalmente na lição de Joaquín Herrera Flores, que os define como abertura de espaços de luta pela dignidade⁴. A teoria crítica se encontra com o que preceitua Hannah Arendt, quando a filósofa afirma que os direitos humanos são um constante processo de construção e reconstrução⁵.

¹ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e justiça internacional* (São Paulo: Saraiva, 2012), 8.

² Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* (São Paulo: Saraiva, 2010), 89.

³ Norberto Bobbio, *A era dos Direitos* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2004), 9.

⁴ Joaquín Herrera Flores, *A (re)invenção dos Direitos Humanos* (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009), 20.

⁵ Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo* (São Paulo: Companhia das Letras, 1998).

Deste modo, há que se ter em mente que os Direitos Humanos, tais como se apresentam tanto na normativa interna quanto na internacional, possuem limitações que devem ser encaradas para que se possa cada vez mais avançar e construir meios aptos a proteger e desenvolvê-los. Como leciona Costas Douzinas, os direitos humanos miscigenam o real e o ideal, posto que são pautados em uma premissa de que “Todos os seres humanos nascem livres iguais em dignidade e em direitos”, tal como propõe o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao passo que pessoas nascem, na realidade, em contextos de massivas e profundas desigualdades⁶. De outro, lado, também são os Direitos Humanos um clamor pela resistência contra formas de dominação e opressão⁷.

A este respeito, David Sánchez Rubio assinala que, assim como toda produção humana, também os direitos humanos estão sujeitos a ser uma instância libertadora ou um instrumento de dominação que legitima formas de exclusão⁸.

Colocadas tais diretrizes, importa assinalar que se pretende avaliar justamente as discrepâncias que existem entre a teoria e a prática desses direitos, as “inclusões abstratas sobre um chão de exclusões concretas”, com o enfoque voltado para o tratamento dispensado aos migrantes no contexto legal e na realidade brasileira.

O conteúdo básico de direitos humanos que se pretende adotar neste estudo é aquele defendido por Herrera Flores, ou seja, “o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade¹⁰”.

Pretende-se, mais do que encontrar respostas, formular uma análise crítica do contexto atual das migrações, movimento que deveria justamente encampar os direitos do homem por excelência, mas que constitui justamente a crise deste conceito¹¹.

Um fator relevante é a globalização (ou as múltiplas globalizações, conforme preceitua Boaventura de Sousa Santos¹²), que por meio do fluxo de

⁶ Costas Douzinas, “Human rights for martians”, <http://criticallegalthinking.com/2016/05/03/human-rightsformartians/>.

⁷ Idem.

⁸ David Sanchez Rubio, *Encantos e desencantos dos direitos humanos* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014), 15.

⁹ David Sanchez Rubio. Palestra proferida em 25 de novembro de 2015, na Universidade Federal do Paraná.

¹⁰ Flores, *A (re)invenção*, 33.

¹¹ Giorgio Agamben. *We refugees* (Giorgio Symposium; Summer 1995; 49, 2), 116.

¹² A este respeito, o autor assinala, sobre uma noção de globalização que seja mais sensível a questões sociais: “Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem,

informações, tecnologias e indivíduos acaba por aproximar as diferenças, fenômeno que se evidencia quando se trata de haver diferentes origens e culturas dentro de um mesmo território. Segundo aponta Melina Fachin, “o *nós* nunca esteve tão próximo do *eles*”¹³.

Ainda que não seja o objetivo precípua do presente estudo, importante trazer em sede da análise da teoria crítica dos direitos humanos a questão do universalismo *versus* relativismo, uma vez que as migrações acentuam as tensões existentes ao promover a aproximação física de múltiplas diferenças. Embora pareça redundante falar em “múltiplas diferenças”, o intuito é chamar a atenção para o fato de que alguns fatos da atualidade (o terremoto ocorrido no Haiti em 2010, os conflitos na República Democrática do Congo e condições econômicas e de desenvolvimento precárias em vários países periféricos, para citar alguns exemplos) acarretaram na chegada ao Brasil de fluxos migratórios de diversas origens. O projeto dos direitos humanos se torna democrático ao estabelecer um diálogo intercultural, e isso é particularmente relevante quando o diálogo se empreende no mesmo território.

Vera Karam de Chueiri assinala que “a figura do estrangeiro, por definição, mostra um estranhamento, explicita uma distância entre culturas que é difícil de superar”¹⁴. Por isso mesmo, a necessidade de se intentar formas de diálogo, que possam também fortalecer os direitos humanos através da “pluralidade de suas formas e conhecimentos”¹⁵.

Pertinente a teorização de Boaventura de Sousa Santos sobre sua proposta de hermenêutica diatópica:

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. 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 diatópico¹⁶.

em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deveria ser usado no plural”. (Uma concepção multicultural de Direitos Humanos, p. 107).

¹³ Melina Girardi Fachin, *Fundamentos dos Direitos Humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 3.

¹⁴ Vera Karam de Chueiri e Heloisa Fernandes Câmara, “Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saúde e hospitalidade”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Junho 2010, 170.

¹⁵ Fachin, *Fundamentos dos Direitos Humanos*, 278.

¹⁶ Boaventura de Sousa Santos, “Uma concepção multicultural de Direitos Humanos”, *Revista Lua Nova*, n.º 37, 1997, 116.

Neste contexto, a hermenêutica diatópica proposta pode tomar forma em um mesmo espaço geográfico. No entanto, podem ocorrer aqui disparidades entre o campo teórico e a realidade que se apresenta, entre o real e o ideal dos direitos humanos. Há então que se ter em mente que o ideal, ainda que não realizado, deve guiar a prática, afigurando-se como o horizonte que a caminhada pretende alcançar.

Camuflar a existência de diferenças em um discurso pretensamente universal acaba por reforçar as assimetrias, ao passo que encará-las pode proporcionar espaços mais plurais de luta pela dignidade.

O processo das migrações desponta como um dos mais proeminentes desafios para o pluralismo¹⁷, e por isso a pertinência de encarar as conquistas e desafios que se apresentam no contexto da concepção contemporânea dos direitos humanos, que tem por finalidade última a proteção da dignidade humana. O que se pretende é avaliar a medida da concretude das garantias existentes com a régua da realidade, a partir de um breve exame de alguns dispositivos normativos e de determinados fatos concretos, conforme a análise empreendida a seguir.

III. MIGRAÇÕES NO CONTEXTO BRASILEIRO: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Atualmente, em decorrência de fatores diversos (ambientais, econômicos, políticos e guerras), existe um grande fluxo de pessoas que deixam seus países de origem para buscar melhores condições de vida. Neste contexto, quando um indivíduo se desloca para sair de um local que lhe oferece riscos, ele já se encontra duplamente despido de seu manto de proteção: tanto por sua situação de risco no país de origem, como por sua vulnerabilidade no país a que se destina.

O objetivo do presente artigo é tratar das migrações forçadas, ou seja, aquelas que se dão em um contexto de vulnerabilidade daquele que migra, abrangendo também a situação dos refugiados. A respeito da condição de vulnerabilidade, Pablo Cernadas tece importantes considerações:

A partir de uma perspectiva de direitos humanos, a *vulnerabilidade* no contexto da migração se refere às circunstâncias determinadas pelo impacto negativo aos direitos básicos. As causas que levam à migração e determinam como se migra - de forma irregular, precária, arriscada -, assim como as condições de vida de migrantes no país em que transitam ou residem, são aquelas que criam ou aprofundam essa vulnerabilidade, mensurável pelos direitos que efetivamente exercem ou, melhor dizendo, que lhes são negados ou limitados.

¹⁷ Rubio, *Encantos e desencantos*, 46.

A vulnerabilidade não está na pessoa, ou em determinada condição de cada pessoa - nacionalidade, sexo, idade, origem étnica, etc. - mas sim nas restrições em seus direitos humanos, muitas vezes impostas baseadas nesses fatores¹⁸.

De outro lado, direcionando-se o olhar para além de uma vulnerabilidade no que atine à titularidade ou desfrute de direitos, é possível também vislumbrar que a migração é uma forma de busca pela liberdade, e pode ser o início de um processo de emancipação¹⁹. Neste sentido, possuem uma relação íntima o ato de migrar e a concepção de direitos humanos trazida por Joaquín Herrera Flores, podendo ambos ser encarados como a abertura de espaços de luta pela dignidade²⁰. Os processos de migração em massa são capazes de proporcionar uma união de singularidades, ocasionada pelos agrupamentos resultantes dos deslocamentos daqueles que buscam salvar sua vida e seus direitos se deslocando pelo cosmos.

Contudo, quando este movimento deixa de ser uma soma de casos pontuais e passa a ser um fenômeno em massa, deflagra-se a crise dos direitos humanos, já que os Estados demonstram não só a incapacidade de resolver o problema, mas de lidar com isso adequadamente²¹.

Os fluxos migratórios fazem parte da história da humanidade, e em contextos de crise acabam sendo acentuados. Os migrantes são vítimas dos profundos desequilíbrios dos quais as fronteiras estão a serviço, uma vez que estas representam a divisão entre o mundo desenvolvido e as periferias econômicas a ele subordinadas. Assim, deve-se encarar a realidade das migrações como a consequência de problemas sociais, e não como sua causa. Impende a busca pela concretização de políticas que se comprometam com a livre circulação de pessoas, e não apenas do capital²², e esforços devem ser empreendidos “para além da mera tolerância e respeito, em direção a uma luta comum²³”.

É necessário então vislumbrar a questão do refúgio e das migrações em massa como o preço da economia global, na qual “mercadorias circulam livremente, mas as pessoas não: novas formas de apartheid estão surgindo²⁴”.

¹⁸ Pablo Ceriani Cernadas, “A linguagem como instrumento de política migratória: notas críticas sobre o conceito “migrante econômico” e seu impacto na violação de direitos”. *Revista Sur* n.º 23, v.13, 2016, 103.

¹⁹ Camila Bibiana Freitas Baraldi, “Migrações internacionais, direitos humanos e cidadania sul-americana: o prisma do Brasil e da integração sul-americana” (Tese de doutorado, USP, 2014), 109.

²⁰ Flores, *A (re)invenção*, 20.

²¹ Agamben, “We, refugees”.

²² Flores, *A (re)invenção*, 161-162.

²³ Slavoj Žižek, “Não podemos abordar a crise dos refugiados sem enfrentar o capitalismo global”, acessado em 11/08/2017, <http://blogdaboitempo.com.br/2015/09/18/zizek-nao-podemos-abordar-a-crise-dos-refugiados-sem-enfrentar-o-capitalismo-global-os-refugiados-nao-chegarao-a-noruega-ao-pouco-a-noruega-que-eles-procuram-existe/>.

²⁴ Idem.

Joaquín Herrera Flores pontua que a imigração é vista “como um problema de simples necessidade de mão de obra em épocas determinadas, e não como um fenômeno causado pelas injustiças da globalização neoliberal selvagem que vem aprofundando o abismo entre os países ricos e os países pobres²⁵”.

A humanidade sempre excluiu, desprezou e degradou algumas de suas partes, de modo que é constituída sobre algumas condições de inumanidade, que podem ser a respeito de classe, gênero, raça, etc. Assim, apesar da pretensa universalidade dos direitos, migrantes em situação de vulnerabilidade, sem um país que lhes ofereça proteção, acabam por ficar à margem²⁶.

Tendo em mente essas limitações e aquelas inerentes ao próprio sistema de direitos humanos, pretende-se analisar alguns aspectos do contexto atual brasileiro acerca das migrações, e suscitar questionamentos sobre suas aproximações e distanciamentos dos ideais teóricos de direitos humanos que devem nortear a atuação prática.

a) Aproximações: tratamento jurídico dispensado aos migrantes

Cingida no contexto da concepção contemporânea dos direitos humanos e da ampliação de proteção de garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, promulgada num contexto de redemocratização, incluiu em seu texto uma extensa gama de direitos e garantias voltados à proteção da dignidade humana.

Destarte, no que tange à legislação pátria, o primeiro dispositivo que merece destaque é o *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, que prevê a equiparação de direitos entre nacionais e estrangeiros. Apesar de fazer remissão expressa ao termo “estrangeiros *residentes*”, esta concepção restritiva é aplacada pela própria função interpretativa do princípio da universalidade, segundo a qual existe presunção de titularidade de direitos fundamentais por todas as pessoas²⁷.

Ademais, a concepção contemporânea dos direitos humanos se pauta no universalismo, de modo que se os direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalizados, a simples referência à condição humana já deve conferir proteção jurídica²⁸.

Ingo Sarlet, a este respeito, preleciona que ainda que a Constituição Federal tenha feito a menção expressa a estrangeiros *residentes*, o sistema cons-

²⁵ Flores, *A (re)invenção*, 147.

²⁶ Douzinas, “Human Rights”.

²⁷ Ingo Wolfgang sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010), 209.

²⁸ José Adércio Leite Sampaio, *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais* (Belo Horizonte: Del Rey, 2013), 599.

titucional brasileiro se abriga no princípio da universalidade. Deste modo, através de uma interpretação sistemática, levando também em consideração que o mesmo artigo enuncia que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, não restam dúvidas de que também são titulares de direitos fundamentais os estrangeiros não residentes²⁹.

Sobre a da extensão de titularidade de direitos fundamentais a estrangeiros não residentes, o autor complementa:

Neste contexto, há que invocar o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente que não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos, sendo correta a tese de que pelo menos todos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros³⁰.

Portanto, existe uma garantia fundamental que confere aos migrantes o acesso aos mesmos direitos dos nacionais, podendo usufruir, por exemplo, de atendimento e tratamento médico pelo SUS, acesso à educação pública e documentação para a adequada colocação no mercado de trabalho.

Ainda no artigo 5º da Constituição Federal existe um importante mecanismo que se pode somar à supra referida garantia. Trata-se da cláusula de abertura contida no §2º, que prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A textura aberta prevista neste dispositivo é definida por Sarlet como “conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro”, e segundo o autor complementa:

A citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do artigo 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo³¹.

O conjunto das garantias cuja titularidade se estende aos migrantes e da abertura do ordenamento para o direito internacional dos direitos humanos constitui um importante arcabouço normativo. Os migrantes têm resguardado seus direitos civis, sociais e econômicos, sem quaisquer ressalvas ou distinções.

²⁹ Sarlet, *A eficácia*, 209-210.

³⁰ *Ibidem*, 213.

³¹ Sarlet, *A eficácia*, 78-79.

Há ainda as normas que versam especificamente sobre imigrantes e refugiados. Esta última, o Estatuto do Refugiado (Lei n.º 9474/1997) incorporou os princípios das declarações internacionais atinentes à matéria, a saber: a Convenção de 1951, a Declaração de Cartagena de 1984, e a Declaração de São José de 1994³².

A referida Lei é um instrumento bastante avançado no que diz respeito aos direitos dos refugiados, de modo que o ordenamento jurídico nacional dá abertura a um sistema inclusivo para a concessão de refúgio³³.

Foi também sancionada em maio do corrente ano a Nova Lei de Migrações (Lei n.º 13.445/2017). A questão era regulamentada pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), promulgada no contexto da ditadura militar. Por esta razão, sua premissa fundamental era a segurança nacional, e o estrangeiro, em certa medida, visto como uma ameaça.

A Nova Lei, de modo oposto, pretende atribuir à questão o viés dos direitos humanos, e trouxe alguns importantes avanços. Um deles é justamente a possibilidade de participação política, com a garantia do direito de associação sindical. Outro significativo progresso foi a incorporação do visto humanitário, que até então era regido por uma Resolução Normativa que poderia a qualquer momento ser revogada, e sua caracterização como uma das modalidades oficiais de visto e uma das diretrizes a reger a política migratória nacional.

O Acordo de Residência do Mercosul, promulgado pelo Decreto 6.975/2009, é também um importante instrumento da política migratória, pautado no reconhecimento da importância da integração latino-americana. O acordo apresenta uma superação parcial da necessidade de vinculação da migração a uma justificativa, como trabalho ou vínculo familiar. É parcial porque o migrante tem a obrigação de comprovar, após dois anos de residência, que possui meios lícitos de subsistência. Ainda assim, “o acordo representa uma experiência coerente com o paradigma da mobilidade, reconhecendo que esta faz parte cada vez mais das dinâmicas sociais transnacionais da contemporaneidade e respeitando as decisões dos migrantes”³⁴.

Algumas resoluções do CNIg - Conselho Nacional de Imigração, órgão responsável pelas políticas migratórias, vinculado ao MTE - também merecem destaque.

A Resolução Normativa n.º 108/2014 estabelece condições para concessão de visto a familiares dos migrantes, inclusive em uniões homoafetivas; a RN n.º 93/2010 dispõe sobre a concessão de visto permanente para vítimas

³² Chueiri e Câmara, “Direitos humanos em movimento”, 168-169.

³³ Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico e Renata de Lima Mendonça, “A proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil”, *Textos & Contextos*, jan./jun, 2010, 172-173.

³⁴ Baraldi, “Migrações Internacionais”, 109.

de tráfico de pessoas; e a RN 124/2016 instaura a possibilidade de conversão de visto de estudo em visto de trabalho, após ou durante o curso de graduação ou pós-graduação, desburocratizando o procedimento. Anteriormente, era necessário o retorno ao país de origem para a solicitação do visto, e com a Resolução os trâmites são feitos sem a necessidade de saída do Brasil.

Apesar das falhas na efetivação deste aparato normativo e ainda que os dispositivos legais não garantam, por si só, que seja concretizada a igualdade material, como se irá explorar mais detalhadamente a seguir, é certo que o aspecto da previsão formal institui um ponto de partida para a realização de direitos, e revela um espaço para luta pela concretização e expansão dessas garantias. A sociedade civil, por meio de organizações e associações, tem a possibilidade de atuar neste sentido, e é possível verificar a existência de uma série de entidades que se dedicam a essas causas³⁵.

Contudo, mesmo diante de um cenário ao menos teoricamente favorável, não se pode ignorar que a abertura de fronteiras não é capaz de garantir, por si só, a abertura de oportunidades e garantia de vida digna, e por isso é relevante analisar as limitações impostas pela realidade, a fim de se avaliar também o quanto falta percorrer na direção do horizonte ideal de efetivação dos direitos humanos e fundamentais das pessoas em situação de migrações forçadas.

b) Distanciamentos: limitações erigidas pela realidade

“Chega-se mais facilmente a marte neste tempo do que ao nosso próprio semelhante”.

José Saramago

Segundo a clássica lição de Bobbio, para proteger os direitos humanos, não basta proclamá-los³⁶. Por isso, para além de uma análise daquilo que prevê a legislação, é necessário também voltar os olhos para os limites teóricos e as injustiças concretas³⁷.

No que diz respeito às fronteiras simbólicas que se erigem, Vera Karam e Heloisa Câmara apontam a primeira violência cometida contra aqueles que aportam em um território desconhecido, que é exigir a compreensão do idioma e documentos de identificação, de modo que:

Uma política de direitos humanos hospitaleira tem que se dar conta da sua limitação e da violência que ela causa quando exige das pessoas que recebe determinadas condições para o seu acolhimento. Ainda, se dar conta que o gesto

³⁵ Para mencionar alguns exemplos de ONGs e projetos atuantes em Curitiba, cabe citar a Caritas, Adus, Casa Latino-Americana, Pastoral do Migrante e o Projeto Hospitalidade desenvolvido na UFPR.

³⁶ Bobbio, *A era dos direitos*, 56.

³⁷ Jacques Derrida, *Força de lei* (São Paulo: Martins Fontes, 2010), 38.

ou o movimento tem a infinita capacidade de fazer com que o dono da casa perceba que ele só está em casa, não mais por uma ação interna sua, mas pela ação do hóspede, do outro, daquele que vem de fora. É como se a hospitalidade interrompesse algo que é só da esfera do eu para um infinito compromisso com o outro, compromisso impossível, mas imperativo³⁸.

As autoras destacam que não há inclusão de fato, mas sim um significativo afastamento que não ameaça apenas os direitos dos migrantes, mas “a própria conquista histórica dos direitos humanos, especialmente porque a erosão dos direitos humanos dos migrantes tende a se espalhar para os direitos humanos em geral”³⁹.

A proteção de direitos fundamentais de todos os indivíduos é considerada o conteúdo essencial de um Estado de Direito, de modo que o Estado deve assegurar o respeito e garantia a esses direitos. Entretanto, conforme aponta André de Carvalho Ramos, a situação brasileira não mostra sinais claros de acolhimento. O autor pontua que o desemprego e a falência de serviços públicos que ameaçam a sobrevivência dos próprios brasileiros fazem surgir críticas a qualquer liberalização de acesso a recursos por estrangeiros, e coloca esse como o desenho atual do ordenamento⁴⁰.

Assim, apesar das garantias fundamentais estarem ancoradas no princípio da universalidade, como se viu anteriormente, o que se verifica de fato é um paradoxo do Estado de Direito, que embora fundado nos princípios de liberdade e igualdade entre os cidadãos, acaba por amesquinhar os direitos dos não nacionais, situação que se revela especialmente delicada quando se trata de estrangeiros indocumentados, cuja mão de obra comumente é explorada em condições de trabalho análogas à escravidão⁴¹.

A despeito da universalização dos direitos humanos ocorrida no segundo pós-guerra que reconheceu a titularidade de direitos fundamentais como garantia intrínseca à humanidade e do conjunto de normas e mecanismos internacionais de proteção da dignidade humana, ainda há resistência por parte dos Estados em desconsiderar a nacionalidade e cidadania como fatores determinantes para atribuição da titularidade de direitos fundamentais⁴².

No que tange aos limites teóricos, cumpre ressaltar que ainda que a Nova Lei de Migração tenha trazido relevantes avanços para a questão, algumas das

³⁸ Chueiri e Câmara, “Direitos humanos em movimento”, 175-176.

³⁹ Ibidem, p. 164.

⁴⁰ André de Carvalho Ramos, “Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular”, in: *Igualdade, diferença e direitos humanos*, org. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), 732.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem, p. 733.

mais significativas mudanças que o texto aprovado pelo Senado continha foram vetadas pela Presidência e Ministérios da Justiça e da Fazenda.

Alguns dos vetos merecem especial menção, como o imposto pela Presidência da República ao artigo 1º, inciso I §1º, que estabelecia a definição de migrante:

I - migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida.

Nas razões do veto, o Presidente justificou:

O dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, **violando a Constituição em seu artigo 5o, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional.** [grifou-se]

Como já amplamente demonstrado, o veto vai de encontro à já superada distinção entre estrangeiro residente e não residente, e acaba por restringir o próprio princípio da isonomia.

Foram vetados ainda os dispositivos acerca da possibilidade de regulamentação de novas formas de visto, da extensão das hipóteses de parentesco admitidas em reunião familiar, a livre circulação de povos indígenas e de populações tradicionais e, ainda, o direito ao exercício de cargo ou função pública, direito já constitucionalmente previsto desde a Emenda Constitucional n.º 19/1998 no artigo 37, inciso I, da Constituição Federal.

Além das limitações normativas, deflagram-se também injustiças concretas, tais como a ausência de políticas públicas de acolhimento e integração e a permanência da Polícia Federal como agente competente para trâmites burocráticos, que gera atraso e ineficiência, além de manter o tratamento aos migrantes sob o viés securitário⁴³. Isso demonstra as barreiras (concretas ou simbólicas) que se impõem ante o “argumento da segurança, e a consequente escolha dos meios policiais e militares para enfrentar os deslocados”, implicando na redução da proteção dos direitos humanos⁴⁴.

Conforme já mencionado, são também corriqueiros os casos de violação de direitos de trabalhadores indocumentados ou em situação irregular, que são submetidos a condições de trabalho subumanas. Ressalte-se que a Corte

⁴³ Baraldi, “Migrações Internacionais”, 108.

⁴⁴ Chueiri e Câmara, “Direitos humanos em movimento”, 165.

Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n.º 18, determinou que os trabalhadores irregulares não podem ser privados de direitos fundamentais, sendo vedado o tratamento discriminatório em decorrência de irregularidade na estada⁴⁵. No entanto, mesmo diante da imperativa norma de *jus cogens*, a exploração da mão de obra desses trabalhadores é muito mais comum do que se poderia divisar.

Outra situação que demonstra o grande percurso a percorrer para a realização das garantias fundamentais foi o impedimento de reingresso de cerca de 30 solicitantes de refúgio que haviam deixado o país. Na ocasião, os migrantes ficaram por dias presos na área conhecida como conector do Aeroporto de Guarulhos, em São Paulo, sem acesso a água e comida e impedidos de contactar advogados. Tal bloqueio no reingresso foi justificado pela edição de uma Resolução Normativa que passou a instituir a exigência de obtenção de visto para retorno ao país⁴⁶, mas cujo conteúdo permanece desconhecido, revelando um procedimento verdadeiramente kafkiano⁴⁷.

Verifica-se que as injustiças concretas habitam nos distanciamentos que traduzem a notória separação entre teoria e prática. Apesar do arcabouço legal, os direitos muitas vezes são intangíveis. Por este motivo, é necessário encarar as insuficiências da realidade com relação ao ideal, para que se possam encontrar meios de superá-las.

Confrontar a teoria com a prática é um importante mecanismo para se avaliar o caminho percorrido e as distâncias ainda a percorrer. Ainda que não sejam dadas respostas, a contextualização e os questionamentos críticos podem oferecer a possibilidade de que se trilhe um percurso direcionado cada vez mais à realização das garantias fundamentais e ao acolhimento e integração das vidas humanas que aqui aportam na busca por liberdade e emancipação.

IV. MENSURAÇÃO DA DISTÂNCIA

Costas Douzinas faz uma impactante constatação em seu texto intitulado *Human rights for martians*: “Human rights, we could conclude, do not belong to humans. They help construct who and how one becomes human”⁴⁸. O autor complementa:

⁴⁵ Ramos, “Direitos dos Estrangeiros”, 743.

⁴⁶ Sobre o episódio, ver <http://migramundo.com/conector-volta-a-mostrar-situacao-precaria-de-migrantes-no-brasil-e-necessidade-de-nova-lei-de-migracao/> (acesso em 11/08/2017); <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/policia-federal-impede-solicitantes-de-refugio-de-retornar-ao-pais> (acesso em 11/08/2017).

⁴⁷ O Conselho Nacional de Imigração informou que se trata da RN n.º 23/2017. No entanto, mesmo com minuciosa pesquisa nos diários oficiais, não foi possível encontrar o conteúdo da resolução.

⁴⁸ Douzinas, “Human Rights”.

The human rights movement can be seen as the ongoing but failing struggle to close the gap between the abstract man of the Declarations and the empirical human being. Has it succeeded? Yes and no. The concept of a common “humanity” introduced the vocation of universal dignity⁴⁹.

Avaliando alguns dos aspectos que aproximam e distanciam o contexto brasileiro de uma efetiva proteção dos direitos humanos e fundamentais dos migrantes, surgem mais questionamentos do que respostas acerca da posição que a realidade ocupa, se mais perto ou mais distante do ideal. Se, por um lado, não há muros nas fronteiras, por outro, ainda há muito que avançar para que seja possível dizer que existem pontes.

Transcender essas fronteiras simbólicas só é possível por meio de uma abertura que efetivamente proporcione acolhimento, para além daquilo que está legalmente estabelecido.

Todo alguém que chega é alguém que partiu. A pessoa forçada a deixar seu local de origem, seja qual for a razão, é alguém que resiste à fome, à guerra, à pobreza, à perda e à saudade. Há resistência no trajeto, há também resistência no destino, que irá apresentar um novo idioma, uma cultura desconhecida e a incerteza sobre os meios de vida que serão ou não proporcionados.

É necessário então “refletir sobre o delineamento concreto do discurso de direitos humanos”⁵⁰. A efetividade da garantia dos direitos legalmente previstos demanda o reconhecimento dos migrantes como sujeitos de direito. Deve-se ir além de uma visão paternalista e não emancipatória, pois “as migrações como terrenos de luta pela liberdade implicam o reconhecimento da autonomia destes sujeitos na construção de sua própria dignidade”⁵¹.

Nesta esteira, Herrera Flores assinala que imigrar é um direito humano, posto que supõe uma relação de reconhecimento e empoderamento, sendo este um aspecto muitíssimo relevante em sua teoria crítica dos direitos humanos. O autor afirma:

Uma teoria crítica do direito deve se sustentar, então, sobre dois pilares: o reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, o empoderamento dos grupos mais desfavorecidos ao lutar por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito⁵².

De tal modo, proporcionar espaços de empoderamento e empreender o robustecimento e realização das garantias juridicamente reconhecidas são

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Baraldi, “Migrações Internacionais”, 73.

⁵¹ Idem.

⁵² Flores, *A (re)invenção*, 59.

meios de proporcionar formas mais igualitárias de acesso aos bens jurídicos reconhecidos pelo direito⁵³. Sanchez Rubio acrescenta ainda a importância da sensibilidade sociocultural que proporcione uma visão sinestésica desses direitos, que afastando a anestesia⁵⁴.

Assim, diante da difícil tarefa de mensurar até que ponto se deflagra efetivação das garantias fundamentais destinadas aos imigrantes e refugiados, é necessário também avaliar os fatores contingentes a este respeito. Exsurge a reflexão acerca da responsabilidade na realização destes direitos, e é importante ter em mente que não cabe apenas aos órgãos do Poder Público esta complexa empreitada. Enxergar o outro com empatia pode também ser um movimento potente na direção do ideal que se almeja.

É certo que a realidade não dá conta de suprir as demandas que a questão migratória coloca, e seria cinismo concluir no sentido contrário. No entanto, não apenas a prática de agentes públicos dá conteúdo aos direitos humanos, mas também uma prática social orientada à sensibilidade configura uma força latente capaz de fomentar a transformação social.

Herrera Flores ensina que os direitos humanos não são meramente declarações textuais, tampouco são produtos unívocos de determinada cultura. São, além desses fatores, “meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida”, configurando processos dinâmicos que permitem a abertura de espaços de luta e reivindicação⁵⁵.

Ainda que seja utópico tal anseio, não se pode ignorar que a concretização de direitos e garantias fundamentais não pode estar adstrita ao direito, já se demonstrou sua insuficiência. Ao mensurar as distâncias que foram aferidas entre aquilo que é real e aquilo que seria o ideal, não se pode ignorar a responsabilidade que detém a comunidade no acolhimento e integração dos migrantes, sob pena de relegar sempre e unicamente a instâncias abstratas deveres que seriam mais facilmente realizados se compartilhados. Afinal, nas palavras de Herrera Flores, “Não somos nada sem direitos. Os direitos não são nada sem nós. Nesse caminho não temos feito mais que começar”⁵⁶.

V. CONCLUSÃO

O percurso teórico traçado a partir da concepção contemporânea e da teoria crítica dos direitos humanos permitiu uma avaliação questionadora do

⁵³ Idem.

⁵⁴ Ibidem, p. 128.

⁵⁵ Flores, *A (re)invenção*, 163.

⁵⁶ Ibidem, p. 164.

papel do direito na realização dos direitos e garantias fundamentais destinados às pessoas em situação de deslocamentos forçados. Uma das premissas estabelecidas é justamente de que liberdade e igualdade não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir⁵⁷.

Os direitos humanos normativamente estabelecidos, como se reiteradamente afirmou no presente estudo, são a possibilidade de abertura de espaços de luta, não constituindo o ponto de partida na conquista de garantias a serem concretizadas e ampliadas. Por conseguinte, é a prática que dá conteúdo aos direitos humanos, e a norma jurídica tem sua relevância, mas não se pode se reduzir ao discurso.

A essencialidade do conteúdo dos direitos humanos os coloca em posição especial de proteção e destaque, havendo um amplo arcabouço internacional direcionado à defesa da dignidade humana.

No entanto, mesmo diante vasta e extensível normativa, os direitos humanos possuem limitações, posto que colocam lado a lado o real e o ideal. Diante desta proeminente característica, se buscou fazer uma análise das discrepâncias entre a teoria e a prática, a fim de avaliar a distância existente entre ambas, especificamente no que diz respeito ao tratamento dispensado aos migrantes no ordenamento pátrio.

Foram então analisados determinados dispositivos que estabelecem garantias fundamentais, desde a equiparação de direitos entre nacionais e estrangeiros prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, passando pela legislação específica das migrações e do refúgio, até o exame de resoluções normativas do Conselho Nacional de Imigração e do Acordo de Residência firmado entre os países do Mercosul. Todos esses mecanismos, sem dúvidas, importantes instrumentos de direitos fundamentais.

Em contraposição, foram apreciados aspectos que acabam por revelar a falha na realização dos direitos positivados, corroborando a premissa de que a previsão de direitos não significa sua efetivação, e a conclusão é de que a realidade acaba por distanciar ainda mais as já apartadas teoria e prática.

Diante deste cenário, restando demonstrado que apesar de todas as garantias previstas ainda há uma distância significativa em direção à sua realização, o que se propõe é que o desafio de acolhimento, integração e efetivação de direitos não seja encarado como uma atribuição exclusivamente de autoridades e instâncias abstratas, uma vez evidenciada a insuficiência dessas.

A luta somada à ação social deve ser a primeira e maior expressão dos direitos humanos. A reflexão filosófica e institucional, reconhecimento e efetividade jurídica são meras consequências da ação humana.

⁵⁷ Bobbio, *A era dos Direitos*, 49.

A este respeito, Sanchez Rubio aponta ser necessário articular uma concepção que priorize as próprias práticas humanas, que são o que efetivamente constroem e destroem os direitos humanos, e sobre as quais se inspiram e elaboram teorias⁵⁸.

Impõe-se, desta forma, para além da prática de agentes públicos, uma prática social orientada pela empatia e sensibilidade. Ainda que seja uma proposta utópica, reduzir o realismo ao que existe pode acabar por justificar a existência daquilo que é injusto e opressivo⁵⁹.

REFERÊNCIAS

- Agamben, Giorgio, “We, refugees”. Giorgio Symposium; Summer 1995; 49, 2; pg. 114-119.
- Arendt, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- Baraldi, Camila Bibiana Freitas, “Migrações internacionais, direitos humanos e cidadania sul-americana: o prisma do Brasil e da integração sul-americana”. Tese de doutorado, USP, 2014.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Cernadas, Pablo Ceriani, “A linguagem como instrumento de política migratória: notas críticas sobre o conceito “migrante econômico” e seu impacto na violação de direitos”, *Revista Sur*, n.º 23, v.13, 2016.
- Chueiri, Vera Karam de, e Heloisa Fernandes Câmara, “Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade”, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.36, jan/jun 2010.
- Derrida, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 2ª ed.
- Douzinas, Costas, “Human rights for martians”, acesso em 11/08/2017, <http://criticallegalthinking.com/2016/05/03/humanrightsformartians/>.
- Fachin, Melina Girardi. *Fundamentos dos Direitos Humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- Flores, Joaquin Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fudação Boiteux, 2009.
- Pacífico, Andrea Maria Calazans Pacheco, e Renata de Lima Mendonça, “A proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil”, *Textos & Contextos*, v. 9, n. 1, jan./jun, 2010.
- Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Direitos Humanos e justiça internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- André de Carvalho Ramos, “Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular”, in: *Igualdade, diferença e direitos humanos*, org. Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).
- Rubio, David Sanchez. *Encantos e desencantos dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- Sampaio, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- Santos, Boaventura de Sousa, “Uma concepção multicultural de Direitos Humanos”, *Revista Lua Nova*, n.º 37, 1997.
- 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.
- Zizek, Slavoj, “Não podemos abordar a crise dos refugiados sem enfrentar o capitalismo global”, acesso em 11/08/2017, <http://blogdaboitempo.com.br/2015/09/18/zizek-nao-podemos-abordar-a-crise-dos-refugiados-sem-enfrentar-o-capitalismo-global-os-refugiados-nao-chegaram-a-noruega-tao-pouco-a-noruega-que-eles-procuram-existe/>.

⁵⁸ Rubio, *Encantos e desencantos*, 122-123.

⁵⁹ Santos, “Uma concepção multicultural”, 122.

CAPÍTULO 20

A JUSTIFICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO DELITO DE HOMICÍDIO EM RAZÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS LATINO-AMERICANO

*Geanne Gschwendtner
Sarah Francine Schreiner*

RESUMO: O Brasil implementou o feminicídio em sua legislação penal no ano de 2015, sendo, dentre dezoito países latino-americanos, praticamente o último a estruturar esta forma de violência contra a mulher, concedendo notoriedade no ordenamento jurídico. Em razão da inclusão da qualificadora no delito de homicídio no país, e diante da conjuntura acerca da violência de gênero, enraizada na sociedade latino-americana - tanto por contextos históricos provenientes do colonialismo, que reforçam o patriarcado, quanto pela visão patriarcal limitadora do papel da mulher em sociedade, dando conta de um expressivo número de feminicídios nos países que a formam - o direcionamento desta pesquisa envolve analisar a importância do texto legal para que os crimes sejam tratados diferenciadamente, com punição mais severa ao agressor da vida da mulher por sua condição de gênero. Destacando a partir do contexto latino-americano a legislação contrastante ao padrão violento imposto pela estrutura machista social, traz a inquietude em razão das consequências que esta alteração legal poderá proporcionar na realidade social. Ainda justificando este estudo - que se desenvolve especialmente sob a metodologia bibliográfica, pautando-se principalmente em livros e artigos científicos do campo jurídico e sociológico, bem como pesquisa documental de fontes institucionais diversas - no Brasil, desde 2006, vigora a *Lei Maria da Penha*, resultante de lutas do movimento de mulheres que desejam uma vida livre de violência, de forma que se busca compreender as razões pelas quais o país tipificou o feminicídio como qualificadora do delito de homicídio em 2015, verificando a existência eventual alinhamento da implementação legal no ordenamento jurídico brasileiro ao contexto dos demais países latino-americanos.

Introdução

A estrutura patriarcal dos países latino-americanos, cujo processo colonizador mostrou-se relevante para a construção de seus processos culturais, e que se reflete nas relações sociais até hoje, aponta um viés machista fortemente enraizado, que eclode na desigualdade de gênero e, conseqüentemente, na violência contra a mulher¹.

Levantamentos estatísticos mostram um alto número de mulheres que tem suas vidas ceifadas por sua condição de gênero nos países latino-ame-

¹ Vera Regina Pereira de Andrade, *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. (Revista Seqüência nº 50, 2005), 71-102.

ricanos², dentre eles o Brasil³, tendo como desafio a superação dessa forma de violência por todo o grupo social de onde se extraem tais informações.

Paralela à realidade fática que apresenta tais números, não só o Brasil possui legislação que agrava a pena do agressor quando a vítima sofre comprometimento de sua vida por ser mulher, mas outros países da América Latina tem tipificado em suas legislações penais o feminicídio.

Este estudo analisa, a partir do método bibliográfico de catalogação de informação, pautando-se principalmente em livros e artigos científicos do campo jurídico e sociológico, bem como pesquisa documental de fontes institucionais diversas, as razões que justificam a instituição do feminicídio como qualificadora do delito do homicídio na legislação brasileira, e verifica dinâmicas sociais e legais delineadas no país até o surgimento da lei que se nomearia “Lei do Feminicídio”.

As inquietudes que alavancaram o desenvolvimento deste tema, surgiram a partir da reunião de informações graves, como a numerosa quantidade de mulheres mortas por sua condição de gênero na América Latina⁴, e o crescimento de movimentos sociais através de mídias digitais que ganharam notoriedade como o #NiUnaMenos que partindo de fatos concretos denunciou as gravosas e trágicas situações as quais as mulheres foram submetidas e cobrando posicionamentos concretos do poder público quanto ao enfrentamento da violência de gênero.

O desafio de adequar a punibilidade ao grau da violência perpassa a compreensão acerca dos motivos que a originam, que envolvem questões culturais bastante pontuais. O estudo apresenta, em um primeiro momento, a existência da desigualdade de gênero na América Latina como ponto de partida para esta forma de violência. E delinea o impacto desta violência a partir das estatísticas que dão conta do número de mulheres mortas por razões de gênero no Brasil e na América Latina.

Ainda como principal objetivo deste estudo, descreve-se a preocupação legislativa dos países latino-americanos em contribuir com a redução da violência de gênero, com a criação de normas que protegem a mulher, instituindo como crime ou forma mais grave de homicídio o feminicídio, tendo o Brasil, na sequência dos demais, e desde a *Lei Maria da Penha*, buscado legislativamente, contribuir com a superação da violência de gênero.

² ONU, “Modelo De Protocolo Latino-Americano De Investigação Das Mortes Violentas De Mulheres Por Razões De Gênero (Femicídio/Feminicídio)”.http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf.

³ Julio Jacobo Waiselfisz, “Mapa da violência”, FLACSO BRASIL, http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.

⁴ Cepal: Comisión Económica para América Latina y Caribe, “Estadísticas de género: Violencia contra la mujer: Número de femicidios o feminicidios.”, http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada-FlashProc_HTML.asp.

1. O PATRIARCADO E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Na América Latina, a desigualdade de gênero advém do crivo da dominação social instaurada desde os tempos coloniais. A organização social, a partir da colonização, deu-se de forma a criar estruturas estratificadas, que tem o homem na superioridade e no constante poder, enquanto à mulher cabe “cuidar” da casa e dos filhos, tendo em vista a manutenção de tal hierarquia⁵ 6.

Em relação à América Latina, a dinâmica do patriarcado, herdada pelo colonialismo, cuja sistemática desenvolveu-se, também por causa do regime de escravidão, originando várias estruturas formadas por dominantes e dominados, vale registrar as considerações de Oliveira e Rodrigues⁷:

O capitalismo e o patriarcado, a partir da formação e particularidade histórica constroem novos elementos de dominação, se reestruturam para se perpetuar enquanto sistemas. A forma como as relações capitalistas-patriarcais se apresentam podem se modificar. Entretanto, mesmo se reestruturando, o patriarcado sempre se fundamenta em relações de gênero desiguais. As bases que sustentam o patriarcado na América Latina tem particularidades que envolvem o papel do Estado (e sua relação com as religiões de matriz judaico-cristã) e da formação das classes sociais (não temos como pensar na formação das classes na América Latina com os modelos europeus). Tais elementos são fundamentais para pensar a formação sócio-histórica e as formas que se estruturam e manifestam o patriarcado. A partir disso, para a consolidação desse capitalismo patriarcal temos o nó entre raça, classe, gênero e sexualidade que traz características bastante particulares para a análise e para as estratégias políticas das feministas latino-americanas.

A colonização⁸ é um processo que envolve o domínio como forma de conquista territorial, logo a estrutura patriarcal instaurada é reforçada, fazendo

⁵ Friedrich Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 9 (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984), 62.

⁶ Vale ainda, citar, acerca dos estudos de Engels, a quebra do padrão matriarcal da sociedade, através do casamento monogâmico, que buscava assegurar a linhagem masculina dos filhos, porquanto a maternidade é algo evidente: “A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher, e menos ainda como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história”. (Friedrich Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 9; 7. *Ibid.*, 70).

⁷ Mariana Edi Rocha Gonçalves de Oliveira, Larisse de Oliveira Rodrigues, “Descolonizando O Feminismo: Desafios Para A Construção Do Feminismo Latino-Americano”. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos)*, (2013).

⁸ Ana Carla Menezes de Oliveira, “A Evolução da Mulher No Brasil do Período da Colônia a República.”, *VI Colóquio Internacional “Educação e Contemporaneidade”*, (2012), http://educonse.com.br/2012/eixo_02/PDF/103.pdf.

com que se reestratifiquem os locais de pertencimento daqueles que fazem parte de tal contexto social - no caso, a mulher pertence ao lar e obedece ao homem.

Nesse ponto, registre-se o ensinamento de Montenegro⁹, a respeito da sociedade patriarcal:

Os papéis estavam bem definidos na sociedade patriarcal, de modo a não haver conflito. O homem representava o papel de forte, racional, viril, provedor, era o dono. A mulher assumia o papel de frágil, sensível, doméstica, impotente, era o objeto.

Em relação à colonização no Brasil, o registro patriarcal é percebido fortemente através do papel que era esperado ser desempenhado pela mulher, conforme explica Del Priore¹⁰:

A soma dessa tradição portuguesa com a colonização agrária e escravista resultou no chamado patriarcalismo brasileiro. Era ele que garantia a união entre parentes, a obediência dos escravos e a influência política de um grupo familiar sobre os demais. Tratava-se de uma grande família reunida em torno de um chefe, pai e senhor, forte e destemido, que impunha sua lei e ordem nos domínios que lhe pertenciam. Sob essa lei, a mulher tinha de se curvar.

A propósito, os fundamentos dessa construção social já eram discutidos por Engels¹¹, ao analisar distinções existentes entre classes na sociedade, uma vez que, segundo este autor,

[...] o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher, na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino.

Engels¹² ainda justifica a existência da família monogâmica na necessidade do homem em assegurar-se da paternidade da prole, de forma que a estrutura familiar clássica desenvolve-se dessa maneira há séculos, fortalecendo os mecanismos de subjugação e manutenção da força masculina na estruturação social.

Para Paulson¹³, examinando as relações de sexo e gênero em diferentes culturas, praticamente todas as estruturas sociais se edificam a partir de critérios

⁹ Marília Montenegro, *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*, (Rio de Janeiro: Revan, 2015), 34-35.

¹⁰ Mary Del Priore, *Histórias e Com versas de Mulher*, (São Paulo: Planeta, 2013), 9-10.

¹¹ Friedrich Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 9; 7. Ibid., 70-71.

¹² Friedrich Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 9; 7. Ibid., 66.

¹³ Susan Paulson, *Sexo e gênero através das culturas*. (Curitiba: UFPR, 2002), 26.

de gênero, porque “(...) não existe comunidade alguma que não organize a vida social funcional e simbolicamente a partir de critérios de gênero.”.

É através do gênero que se manifestam constituições primeiras de relações sociais identificáveis como relações de poder.

Ademais, no ensino de Baratta¹⁴ o gênero se caracteriza a partir de uma construção relacional – social - e não exatamente biológica:

É a construção social do gênero, e não a diferença biológica do sexo, o ponto de partida para a análise crítica da divisão social de trabalho entre mulheres e homens na sociedade moderna, vale dizer, da atribuição aos dois gêneros de papéis diferenciados (sobre ou subordinado) nas esferas de produção e reprodução e da política, e, também, através da separação entre público e privado.

As relações de gênero apontam papéis específicos a serem desempenhados por homens e mulheres em sociedade, destacado a divisão de suas tarefas, aparentando normalidade, conforme Montenegro¹⁵:

A divisão dos papéis, entre o masculino e o feminino, é tão arraigada na sociedade que aparenta normalidade. A força dos textos e das categorias se apresenta de forma tão evidente, que se percebe, com naturalidade, as tarefas apresentadas aos homens e às mulheres.

E nesse contexto de distinções pontuais entre homens e mulheres sustentadas pela necessidade da relação de poder e superioridade masculina, eclode a violência de gênero.

Em relação ao fenômeno social que representa a violência contra a mulher, Bianchini¹⁶ destaca que o sistema de patriarcado frequentemente é relacionado como sua causa, sendo a violência um meio de sua manutenção:

A compreensão do fenômeno, no entanto, exige a análise do papel reservado à mulher nas relações sociais. Facilmente se verificam sobras consistentes do sistema patriarcal, marcado e garantido pelo emprego de violência. Tal dominação propicia o surgimento de condições para que o homem sintase (e reste) legitimado a fazer uso da força (física ou psicológica) e para compreender a inércia da mulher vítima da agressão como convivência, principalmente no que tange às reconciliações com o companheiro.

A violência de gênero é tão naturalizada porque se fixa na necessidade de demonstração da força e superioridade masculinas, mantendo-se a

¹⁴ Alessandro Baratta, *Criminologia e Feminismo*, (Porto Alegre: Sulina, 1999), 20.

¹⁵ Marília Montenegro, *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*, (Rio de Janeiro: Revan, 2015), 57.

¹⁶ Alice Bianchini, *Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. (Coleção saberes monográficos. 3ª edição, Saraiva, 4/2016), 17.

organização social fundada na distinção de gênero, que reduz a qualidade humana da mulher.

Esta concepção dos papéis esperados do homem e da mulher em sociedade, quando sofrem algum tipo de modificação, apresenta terreno fértil para o aparecimento da violência, e na visão de Dias¹⁷:

A evolução da Medicina, com a descoberta de métodos contraceptivos, bem como as lutas emancipatórias promovidas pelo movimento feminista levaram a redefinição do modelo ideal de família. A mulher, ao se integrar no mercado de trabalho, saiu do lar, impondo ao homem a necessidade de assumir responsabilidades domésticas e cuidado com a prole. Essa mudança acabou provocando o afastamento do parâmetro preestabelecido e, por ser uma novidade, traz muita insegurança, terreno fértil para conflitos.

Nesse contexto é que surge a violência, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero.

A violência de gênero desponta do ambiente doméstico/privado das relações de convivência da mulher, e segue naturalizada num aspecto público/geral.

Para Baratta¹⁸, a sociedade permanece reproduzindo com naturalidade elementos estratificados de sua construção, notadamente a estrutura patriarcal, sendo eficiente o sistema de controle do papel que se espera da mulher na esfera privada e pública através da violência, registrando esse autor que:

[...] As pessoas do sexo feminino tornam-se membros de um gênero subordinado, na medida em que, em uma sociedade e cultura determinadas, a posse de certas qualidades e o acesso a certos papéis vêm percebidos como naturalmente ligados somente a um sexo biológico, e não a outro. Esta conexão *ideológica* e não “natural” (ontológica) entre os dois sexos condiciona a repartição dos recursos e a posição vantajosa de um dos dois gêneros. Portanto, a luta pela igualdade dos gêneros não deveria ter como objetivo estratégico uma repartição mais igualitária dos recursos e das posições entre os dois sexos, mas sim a “desconstrução” daquela conexão ideológica, bem como uma *reconstrução social do gênero* que superasse as dicotomias artificiais que estão na base do modelo androcêntrico da ciência do poder masculino.

Ocorre que, da naturalização da dominação patriarcal, ao aspecto violento que essa forma de construção social acaba fomentando, a dificuldade de se romper com tal padrão violento instaurado - no qual a mulher sofre os efeitos - é maior.

¹⁷ Maria Berenice Dias, *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012), 20.

¹⁸ Alessandro Baratta, *Criminologia e Feminismo*, 16. Ibid., 46-47.

Na medida em que a violência de gênero é utilizada abertamente desde o âmbito familiar para fins de manter subjugar a mulher, esta forma naturalizada retém a sua prática, dificultando sua análise, reconhecimento, prevenção e punição.

Ainda que se reconheça a emancipação feminina, inclusive reforçada pela concepção de igualdade apresentada pela Constituição Federal¹⁹ há um distanciamento entre a constituição e a sociedade, porquanto a mulher ainda vive com cargas de sua condição do sexo feminino no seu cotidiano.

O termo violência de gênero traz em si um problema constante de punibilidade do agente agressor, tendo em vista que a estrutura social é significativa no processo de violência e valorização da virilidade masculina.

Dias²⁰, reconhece que a naturalização da dominação masculina apresenta a dificuldade de intervenção em um ambiente doméstico onde há violência, destacando que:

A ideia de família como uma entidade inviolável, não sujeita à interferência do Estado e da Justiça, sempre fez com que a violência se tornasse invisível, pois é protegida pelo segredo. Agressor e agredida firmam um pacto de silêncio, que o livra da punição. Estabelece-se um verdadeiro círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. Mas o silêncio não impõe nenhuma barreira. A falta de um basta faz a violência aumentar. O homem testa seus limites de dominação. Como a ação não gera reação exacerba a agressividade. Para conseguir dominar, para manter a submissão, as formas de violência só aumentam.

O conceito de gênero²¹ se situa na esfera social, diferente do conceito de sexo, posicionado no plano biológico, tratando assim “homem” e “mulher” como uma construção social institucionalizada através da representação e aprendizado destas categorias. Transmitidas de forma concreta, como blocos construídos que possuem funções determinadas e imutáveis, nesse ponto, destaca Andrade²²:

A esfera pública, configurada como a esfera da produção material, centralizando as relações de propriedade e trabalhistas (o trabalho produtivo e a moral do trabalho), tem seu protagonismo reservado ao Homem como sujeito

¹⁹ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

²⁰ Maria Berenice Dias, *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012), 22

²¹ Heleith Iara Bongiovani Saffioti, 1992, “Rearticulando gênero e classe social”. In: A. de O. Costa e C. Bruschini (org.). *Uma Questão de Gênero*, (Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos/FCC), 183-215

²² Vera Regina Pereira de Andrade, *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. (Revista Sequência nº 50, 2005), 71-102

produtivo, mas não qualquer Homem. A estereotipia correspondente para o desempenho deste papel (trabalhador de rua) é simbolizada no homem racional/ativo/forte/potente/guerreiro/viril/público/possuidor.

A esfera privada, configurada, a sua vez, como a esfera da reprodução natural, e aparecendo como o lugar das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico) tem seu protagonismo reservado à mulher, por meio do aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos. É precisamente este, como veremos, o eixo da dominação patriarcal.

Conforme Machado²³, o conceito de gênero, adotado pela ONU²⁴, veio do acúmulo teórico feminista acerca do tema, o qual, em linhas gerais, refere-se aos padrões culturais e sociais que ditam o ser mulher e o ser homem.

Porquanto ao que se entende por gênero, as proposições de Andrade²⁵:

Necessário, portanto, olhar doravante para o androcentrismo do SJC e sua funcionalidade de gênero, e para tanto é necessário uma breve incursão sobre a construção social do gênero (a dicotomia masculino-feminino) no patriarcado; construção que, como é sabido, encontra-se em desconstrução, mas, como parece ser menos evidente, continua operando, sobretudo no SJC. Isto implica falar em espaços (divisão entre público e privado com correspondente divisão social do trabalho) papéis (atribuição de papéis diferenciados aos sexos, sobre ou subordinado, nas esferas da produção, da reprodução e da política) e estereótipos.

Nesse ponto, Montenegro²⁶, embora criticando a estruturação da lei num sentido geral aponta o próprio Direito como mantenedor da relação de poder existente entre homens e mulheres, explica que a criação, através da legislação, e políticas públicas relacionadas ao conflito de gênero, leva em conta esta terminologia:

A violência doméstica contra a mulher constitui-se de um conflito de gênero, portanto, não se pode deixar de analisar esse conflito como uma relação de poder, entre o gênero masculino, representado socialmente como forte, e o gênero feminino, representado socialmente como o fraco. Essa relação de poder foi construída ao longo da história do próprio Direito [...].

A lei utiliza a relação de gênero para trabalhar essa divisão de papéis construída socialmente, tanto é assim que ela também menciona a expressão gênero,

²³ Lia Zanotta Machado, "Confrontos Políticos e Desafios Intelectuais", *Revista Estudos Feministas* 419, 2 (1995), <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16448/15029>

²⁴ Organização das Nações Unidas, uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional.

²⁵ Vera Regina Pereira de Andrade, *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. (Revista Sequência nº 50, 2005), 71-102

²⁶ Marília Montenegro, *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*, (Rio de Janeiro: Revan, 2015), 114.

quando o assunto é desenvolver políticas públicas que objetivam ações integradas para o combate dessa forma de violência [...].

São as estatísticas acerca da violência contra a mulher na América Latina²⁷ e no Brasil²⁸, que dão relevância ao protagonismo da estrutura legislativa para fins de controlar, reduzir e prevenir tais índices na sociedade.

Os números alarmantes resultantes da violência de gênero na América Latina, especialmente aquela fatal contra mulheres, tem registrado um engajamento social de combate a tais situações, como os movimentos #NiUnaMenos, sendo refletidos legislativamente na estrutura de países como México, Argentina, Chile e Brasil, onde não só existem leis de proteção à mulher, como também previsão de reprimenda penal mais grave para o caso de ser a vida da mulher comprometida por sua condição de gênero, com a terminologia “feminicídio”.

2. OS MOVIMENTOS LATINO-AMERICANOS DE DIVULGAÇÃO MIDIÁTICA VIRTUAL PELA VISIBILIDADE DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A *internet*²⁹, hoje, é ferramenta de proliferação de notícias, e as redes sociais *online*³⁰ são o principal local na *web*³¹ de movimentação em prol de diversas causas e objetivos, como a defesa dos direitos de minorias, dentre eles os direitos das mulheres.

Com uma maior atenção ao que se tornaria caracterizado como violência de gênero, suas variações e a necessidade de resposta estatal compatível a tais situações, a população virtual comoveu-se na Argentina após a divulgação do caso de Chiara Páez³², então no dia 12 de maio 2015, um grupo de jornalistas iniciou pela rede social *online Twitter* uma campanha para pedir a implemen-

²⁷ ONU, “Morte de mulheres provocada por seu companheiro ou ex-companheiro.”, Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe, <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/morte-mulheres-provocada-seu-companheiro-ou-ex-companheiro>.

²⁸ Julio Jacobo Waiselfisz, “Mapa da violência”, FLACSO BRASIL, http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.

²⁹ Sistema global de redes de computadores interligadas que utilizam um conjunto próprio de protocolos.

³⁰ Entende-se por Facebook e Twitter majoritariamente.

³¹ World Wide Web, cuja sigla é WWW, e traduzido livremente ao português significa rede de alcance mundial.

³² A polícia encontrou Chiara (14 anos), que estava grávida, enterrada no quintal da casa dos avós do seu namorado em maio de 2015. De acordo com a autópsia, a jovem foi espancada até a morte e seu corpo tinha vestígios de uma droga abortiva. Mar Centenera, “Os cinco assassinatos de mulheres que provocaram a indignação da Argentina.” El País, https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/18/internacional/1476805782_321966.html

tação de uma lei capaz de proteger e punir com mais severidade casos de violência contra a mulher por sua condição de gênero.

A editora e cantora argentina Gaby Comte, que em conjunto com demais mulheres do mundo artístico iniciou a campanha *#NiUnaMenos* através das redes sociais *online* na Argentina, em entrevista ao jornal *El País*³³, declarou que o movimento formou-se pouco a pouco, fomentado pela necessidade de se trazer o tema à baila, tendo em vista que a pouca eficácia de seu país no enfrentamento da violência contra as mulheres.

Objetivando dar publicidade à sua causa e credibilidade às suas preocupações, o movimento realizou uma manifestação em frente ao Congresso argentino, na cidade de Buenos Aires, tendo inspirado movimentações similares em outras cidades do país.

Novamente, em março de 2016, a Argentina e o Equador acompanharam o desaparecimento, na cidade de Montañitas³⁴, Equador, de duas jovens argentinas, que mais tarde foram encontradas mortas, com sinais de espancamento, o que levantou a discussão sobre os “limites” impostos socialmente à independência da mulher, porque duas amigas que viajavam sozinhas foram encontradas mortas de forma violenta.

O caso foi evidenciado como feminicídio, entretanto, a veiculação da situação culpabilizou mais uma vez as vítimas por terem sofrido violência de gênero, apontando-se o fato de como pode ser perigoso para uma mulher viajar sozinha. Tentando justificar de alguma forma o crime cometido por dois homens, que logo mais assumiram a responsabilidade pelo fato³⁵.

A repercussão social do caso das jovens argentinas mortas em Montañitas tomou as redes sociais, e foi enquadrada como feminicídio, possibilitando a percepção de que, progressivamente, países latino-americanos estão prestando maior atenção aos direitos das mulheres, buscando inclusive mecanismos legais para enfrentar a violência de gênero.

Ademais, as estatísticas acerca do número diário de mulheres assassinadas na América Latina e Caribe, dão conta que ao menos doze morrem por dia de forma violenta exclusivamente por sua condição de gênero³⁶.

Com isso, sobre a forma de homicídio, em que a vítima tem sua vida comprometida por ser mulher, cunhou-se a expressão “feminicídio”, a qual na

³³ Mari Luz Peinado, “A campanha contra a violência machista *#NiUnaMenos*.”, *El País*, https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/28/internacional/1432824490_226268.html.

³⁴ Télam, “El crimen de Montañita: nuevos detalles de la violenta muerte de las mendocinas.”, *Clarín*, https://www.clarin.com/sociedad/montanita-nuevos-detalles-violenta-mendocinas_0_HkEmNEjK.html

³⁵ Soraya Constante, “Asesinadas a golpes en Ecuador dos turistas argentinas.”, *El País*, https://elpais.com/internacional/2016/02/29/america/1456783042_957738.html.

³⁶ “País por país: o mapa que mostra os trágicos números dos feminicídios na América Latina.”, *BBC Brasil*, <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38076091>.

América Latina surgiu com base nos homicídios de mulheres na Ciudad de Juárez, no Estado de Chihuahua, no México³⁷.

De acordo com o Modelo de Protocolo³⁸, o termo supracitado refere-se à:

Na América Latina, a expressão “femicídio” foi definida de diferentes formas, como: “o assassinato misógino de mulheres por homens”; “o assassinato em massa de mulheres, cometido por homens com base em sua superioridade de grupo”; ou “a forma extrema de violência de gênero, entendida como violência exercida por homens contra mulheres, em seu desejo de obter poder, dominação e controle. Estas definições alertam sobre a existência de sistemas patriarcais mais amplos de opressão das mulheres.

Segundo relatos de grupos ligados à proteção da mulher no México, mais de 34 mil mulheres foram assassinadas no México entre 1985 e 2009, o que levou a criação do ditado popular “Cuerpo de mujer: peligro de muerte”³⁹.

Tantos eventos violentos envolvendo vítimas mulheres ganhando repercussão social e legal, na medida em que a violência de gênero segue padronizada na sociedade, demandando a criação de medidas para o controle e combate deste comportamento.

Dada a repercussão das situações fáticas na sociedade em geral, aliada à pressão das estatísticas e a preocupação internacional com tais números, dezoto países^{40 41} latino-americanos, que em muitos casos já tinham leis específicas de proteção à mulher vítima de violência doméstica - como é o caso do Brasil, com a *Lei Maria da Penha* - fizeram constar em seus sistemas punitivos penais o termo “feminicídio”.

Percebe-se a relação entre os fenômenos fáticos e sua repercussão social, com a criação de estruturas legais, reconhecendo Montenegro⁴², a responsabilidade da repercussão midiática sobre um determinado fato à consequente criação de lei a respeito deste:

³⁷ Isadora Almeida Lacerda, “Lei do Femicídio e a Proteção das Mulheres em Situação de Violência”, Departamento de Direito Puc-Rio, http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Isadora_Almeida_Lacerda.pdf

³⁸ ONU, “Modelo De Protocolo Latino-Americano De Investigação Das Mortes Violentas De Mulheres Por Razões De Gênero (Femicídio/Feminicídio)”. http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ PNUD e ONU MULHERES, “Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apresentando políticas para erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe”, Panamá (2017), http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41014/S1601345_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴¹ ONU. “Paraguai aprova lei para criminalizar feminicídio e violência online contra mulheres”. <https://na-coesunidas.org/paraguai-aprova-lei-para-criminalizar-feminicidio-e-violencia-online-contra-mulheres/>

⁴² Marília Montenegro, *Lei Maria da Penha: uma análise criminológica-crítica*, (Rio de Janeiro: Revan, 2015), 107.

É comum que, quando aconteça um crime de grande repercussão na mídia, em seguida, venha um ou vários projetos de lei e, por vezes, ocorrem alterações legislativas.

Vale registrar que países como a República Dominicana⁴³, desde o ano de 1997 possuem legislação específica acerca da violência fatal contra mulheres, e no ano de 2007 a Guatemala⁴⁴, seguida em 2008 pela Costa Rica⁴⁵, igualmente implementaram leis acerca do feminicídio.

Em 2010, o Chile⁴⁶ alterou seu Código Penal, acrescentando a tal diploma legal daquele país o tipo penal do feminicídio, o que igualmente fez o México⁴⁷, em 2012, tendo a Argentina⁴⁸, também em 2012, por sua vez, acrescentado ao tipo penal de homicídio, em seu Código Penal, uma penalidade agravada caso a vítima seja mulher, cuja vida foi ceifada por sua condição de gênero.

O Peru⁴⁹, em 2011, El Salvador⁵⁰ e Nicarágua⁵¹, no ano de 2012, a Bolívia⁵² e Honduras⁵³, em 2013, o Equador⁵⁴ e a Venezuela⁵⁵, em 2014, todos aderindo em suas legislações o feminicídio.

A Colômbia⁵⁶, em 2015, e o Brasil, no mesmo ano através da 13.104/2015⁵⁷, tornou mais grave o fato criminoso que atente contra o bem jurídico vida da mulher, quando sua condição de gênero for a razão do crime, denominando esta situação de feminicídio em seu Código Penal.

⁴³ Lei n. 24-97. (6. Ibid), 30.

⁴⁴ Ley n°. 8589: 'Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres' que define el femicidio e incorpora la figura judicial de feminicidio íntimo. (6. Ibid).

⁴⁵ Decreto n° 22-2008: Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer. (6. Ibid)

⁴⁶ Ley n° 20.480 que tipifica el femicidio y el femicidio íntimo en el Código Penal (art. 390). (6. Ibid)

⁴⁷ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones al Código Penal Federal (2012). En 31 de las 32 Entidades Federativas, los códigos penales locales tipifican el feminicidio. (6. Ibid)

⁴⁸ Ley n° 26.791. Se incorpora al Código Penal la figura penal de homicidio agravado por razones de género (6. Ibid).

⁴⁹ Ley n° 29819 - conforme dados do Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apresentando políticas para erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe, 2016, 30.

⁵⁰ Decreto n° 520 Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. (6. Ibid)

⁵¹ Ley n° 779 Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres. (6. Ibid).

⁵² Ley n° 348 que incorpora el femicidio en el Código Penal (art. 7o párrafo 2). (6. Ibid)

⁵³ Decreto n° 23-2013. (6. Ibid).

⁵⁴ Código Orgánico Integral Penal (COIP) que tipifica el femicidio en el Código Penal. (6. Ibid).

⁵⁵ Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia que tipifica el femicidio. (6. Ibid).

⁵⁶ Ley n° 1761 'Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Ley Rosa Elvira Cely)'. (6. Ibid).

⁵⁷ Altera o art. 121 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1° da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, Brasília, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm.

3. O BRASIL, A EXPRESSIVIDADE NUMÉRICA E O ENFRENTAMENTO LEGAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

O comprometimento do Estado Brasileiro com as mazelas da desigualdade entre gêneros foi estabelecido na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁵⁸, adotada pela ONU em 1979 e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará⁵⁹, adotada pela OEA⁶⁰ em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995.

Embora o país tenha firmado tais compromissos internacionalmente, a história de Maria da Penha Maia Fernandes - uma farmacêutica brasileira nascida no Ceará em 1945, vítima de violência de gênero mediante atentados à sua integridade física e sua vida praticados por seu marido no ambiente doméstico de convivência, cujo auge de violência repercutiu quando a eletrocutou, deixando-a paraplégica - custou a ser amparada legalmente, tramitando sua situação juridicamente por longos anos sem resultado punitivo ao agressor⁶¹.

Em busca de justiça, Maria da Penha Maia Fernandes tornou seu caso público em conjunto com Organizações Não Governamentais (CEJIL⁶² e CLADEM⁶³), apresentando petição contra o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, denunciando a tolerância do Estado brasileiro com a violência doméstica, com fundamento na Convenção de Belém do Pará e outros documentos de direitos humanos do sistema de proteção da OEA. O Estado brasileiro não ofereceu resposta à denúncia.

Após um ano da denúncia do Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos, esse órgão já alertava para a necessidade de se adotar medidas legais e de incidência prática na prestação da justiça que possibilitasse uma resposta mais apropriada aos delitos de violência contra a mulher, conforme consta do Informe de 1997⁶⁴.

⁵⁸ Tratado internacional aprovado em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas cuja sigla em inglês é CEDAW.

⁵⁹ Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, a fim de criar medidas preventivas, punitivas para erradicar a violência contra a mulher.

⁶⁰ Organização dos Estados Americanos

⁶¹ Mércia Cardoso de Souza et. al., “A Lei Maria Da Penha: Égide, Evolução E Jurisprudência No Brasil”, (Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, (2015), <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8695>).

⁶² Centro de Justiça e Direito Internacional, fundado em 1991.

⁶³ Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher Organização sem fins lucrativos fundada em 1987.

⁶⁴ OEA, “Informe Anual De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos 1997”, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/cap.6.htm>.

Com um longo processo legislativo, a Lei 11.340⁶⁵ foi sancionada em 2006, sendo popularizada como Lei Maria da Penha, fato cuja repercussão permitiu a construção legal de mecanismos de proteção à mulher, lançando um novo olhar a temática, e estabelecendo um tratamento especial a essas vítimas, além de impor mais rigor punitivo ao agressor.

A importância da Lei Maria da Penha, enquanto forma de coibir a violência de gênero, é explicada por Bianchini⁶⁶:

[...] a Lei Maria da Penha vigorará enquanto for necessária para atingir os objetivos para os quais foi criada: coibir e prevenir a violência de gênero, no contexto doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto. Para cumprir com tal função, ela se vale de ferramentas jurídicas e não jurídicas.

Mesmo com o sucesso da *Lei Maria da Penha*, quando observados dados estatísticos⁶⁷ a partir de sua vigência, em apenas cinco Unidades da Federação foi registrada quedas nas taxas de violência doméstica: Rondônia, Espírito Santo, Pernambuco, São Paulo e Rio de Janeiro. Evidenciando que a sociedade brasileira ainda presencia casos de enorme crueldade e agressão contra a mulher, resultando na mais grave das violências: contra a vida.

O importante referencial atual de índices de feminicídio no Brasil é o Mapa da Violência de 2015 que retrata um aumento do número de vítimas mulheres de homicídio por sua condição de gênero: “Entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21,0% na década. Essas 4.762 mortes em 2013 representam 13 homicídios femininos diários.”⁶⁸

Com uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil ocupa a 5ª posição num grupo de 83 países, evidenciando que os índices locais exce-dem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil.⁶⁹

Da estrutura sociocultural das vítimas, a maioria são meninas e mulheres negras, com prevalência entre 18 e 30 anos de idade. Em comparação com os homicídios masculinos, nos femininos há maior incidência de mortes causadas por força física, objeto cortante/penetrante ou contundente, e menor

⁶⁵ Brasil, Lei Maria da Penha, Brasília, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

⁶⁶ Alice Bianchini, *Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. (Coleção saberes monográficos. 3ª edição, Saraiva, 4/2016), p. 25.

⁶⁷ Julio Jacobo Waiselfisz, “Mapa da violência”, FLACSO BRASIL, http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.

⁶⁸ Julio Jacobo Waiselfisz, “Mapa da violência”, 69. Ibid.

⁶⁹ Julio Jacobo Waiselfisz, “Mapa da violência”, 69. Ibid.

participação de arma de fogo, além de se relacionar o fato a uma agressão perpetrada majoritariamente no domicílio da vítima e cometida, preferencialmente, por pessoas dela conhecidas⁷⁰.

Montenegro⁷¹, ao traçar particularidades da *Lei Maria da Penha*, explica que esta legislação voltada à proteção da mulher é resultado de um fenômeno não exclusivamente local, mas também de viés europeu e latino-americano:

A lei, é verdade, foi muito além das medidas de caráter penal, pois apresentou várias medidas de proteção à mulher, todavia a projeção, tanto no campo teórico, como prático, foi dada às medidas repressivas de natureza penal, que tiveram, inclusive, uma grande repercussão na mídia.

A lei brasileira não vem sozinha. O enrijecimento penal da violência de gênero está ocorrendo também na Europa e na América Latina.

Assim, depois de instaurada uma CPMI⁷² para investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil, seu relatório final apresentou a proposta de lei que começou sua tramitação no Senado⁷³ com a finalidade de alterar o Código Penal⁷⁴, inserindo o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

Sancionada no dia 9 de março de 2015, a Lei 13.104⁷⁵, também chamada de Lei do Feminicídio, alavancou a atenção sobre a punibilidade do agente que mata por razões de gênero, ao inserir uma qualificadora no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, tornando mais grave o fato criminoso que atente contra o bem jurídico vida da mulher, quando sua condição de gênero for a razão do crime.

Com o feminicídio no Código Penal, o Brasil dá sequência à proteção assegurada pela *Lei Maria da Penha*, conforme ensina Nucci⁷⁶:

Esse é o prisma do feminicídio: matar a mulher por razões advindas da condição de sexo feminino. Matar o mais fraco, algo *francamente objetivo*. Voltemos

⁷⁰ Julio Jacobo Waiselfisz, “Mapa da violência”, 69. Ibid.

⁷¹ Marília Montenegro, *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*, (Rio de Janeiro: Revan, 2015), 107.

⁷² Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que consta em um grupo formado por representantes do Senado Federal e Câmara dos Deputados com o objetivo de investigar supostas irregularidades no setor público.

⁷³ Senado Federal é a câmara alta do Congresso Nacional do Brasil e, ao lado da Câmara dos Deputados, faz parte do Poder Legislativo da União.

⁷⁴ Brasil, Decreto-Lei N° 2.848, De 7 De Dezembro De 1940.”, Rio De Janeiro, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

⁷⁵ Altera o art. 121 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, Brasília, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm.

⁷⁶ Guilherme Souza Nucci, *Curso de Direito Penal*, 2 (Rio de Janeiro: Forense, 2016), 49-50.

ao argumento da nota anterior. O homem mata ou lesiona a mulher porque se sente (e é, na maioria imensa dos casos) mais forte. Mas seu motivo não é esse: mata porque acha que ela o traiu; mata porque quer se livrar do relacionamento; mata porque é extremamente ciumento; mata até porque foi injustamente provocado. O agente pode ser outra mulher, num relacionamento homossexual; ao matar a outra mulher, porque ela é a parte fraca da relação, também responde por feminicídio. Observe-se que, nessa hipótese, a mulher mais forte, que mata a mais fraca, não o faz porque ela é do sexo feminino, mas porque tem ciúme e o relacionamento deteriorou-se (por exemplo). Assim, a qualificadora “contra a mulher por razões de condição de sexo feminino” é o fiel espelho, em continuidade, da Lei Maria da Penha.

O atraso do Brasil em legislar o tema é evidente, quando dos dezoito países latino-americanos⁷⁷ que contém em sua legislação previsão punitiva acerca do feminicídio, o Brasil e a Colômbia foram os que implementaram suas legislações apenas ano de 2015, seguidos pelo Paraguai (2018)⁷⁸ porquanto as estatísticas e preocupações sociais há muito estavam direcionando tal necessidade⁷⁹.

Ademais, a desigualdade de gênero percebida no nível estatístico da violência que vitima fatalmente mulheres na América Latina, torna a lei do feminicídio importante e necessária, conforme afirma Delmanto⁸⁰ acerca da legislação no Brasil:

Ela não significa que a vida de uma mulher ou de uma criança do sexo feminino tenha mais valor do que a de um homem ou de um menino. O que ocorre, na dura realidade brasileira, é que as mulheres e as meninas vêm sofrendo muito mais violência no âmbito doméstico e familiar e também em razão de pertencer ao sexo feminino, do que os homens, merecendo, por isso, maior proteção do legislador penal.

Para tanto, através dos movimentos latino-americanos que expandiram para além da órbita virtual, pressionando a estrutura estatal dos países a tomarem atitudes em relação às políticas necessárias à redução dos dados que dão conta da violência de gênero, o Estado Brasileiro foi desafiado a estruturar uma legislação forte e coerente visando contribuir na redução das estatísticas que apontam massivamente o número de mulheres que sofrem violência fatal por sua condição de gênero.

⁷⁷ Segundo dados do Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apresentando políticas para erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe (42. Ibid.), 30

⁷⁸ ONU, “Paraguai aprova lei para criminalizar feminicídio e violência online contra mulheres”, <https://na-oesunidas.org/paraguai-aprova-lei-para-criminalizar-femicidio-e-violencia-online-contra-mulheres/>.

⁷⁹ ONU, “Modelo De Protocolo Latino-Americano De Investigação Das Mortes Violentas De Mulheres Por Razões De Gênero (Femicídio/Feminicídio)”, 40. Ibid.

⁸⁰ Celso Delmanto et al., *Código Penal Comentado*, (São Paulo : Saraiva, 2016), 684.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como forma de compreender as justificativas que conduziram o Brasil à estruturação do feminicídio como qualificadora do delito de homicídio, através da lei 13.104/2015, este trabalho apresentou possíveis razões acerca a desigualdade de gênero, e a violência que decorre desta estrutura, na sociedade latino-americana, dando enfoque à construção da sociedade brasileira, que segue, em linhas gerais, o colonialismo, fincado em uma estrutura (também escravagista) patriarcal, e que também se percebe de forma bastante pungente nas demais culturas da América Latina.

Partindo desta estrutura desigual de gênero, a qual culmina em uma realidade que aponta estatisticamente o absurdo número de mulheres vítimas de violência, o estudo buscou relacionar fatores sociais na América Latina que, a partir de fatos concretos, pressiona (também a partir de meios *online*) os Estados na criação e implementação de políticas capazes de enfrentar tal situação.

Assim, na América Latina, paralelo ao alto número de mulheres vítimas fatais da violência de gênero, são ao menos dezoito países que atribuíram em sua legislação o feminicídio como forma de punir mais severamente o agressor que atenta contra a vida da mulher por esta condição. E o Brasil encontra-se entre os últimos países a trazer ao texto legal de modo específico.

O estudo perpassou de forma sintética as evoluções que necessariamente se fizeram em ordenamentos distintos como marcos histórico-social para enfim a sociedade, sem distinção de classes, em aspectos jurídicos conquistar maior punibilidade do agente agressor. Embora este estudo não tenha constituído elementos capazes de responder objetivamente qual seria o ideal atingível a fim de alterar o enraizamento do machismo na sociedade brasileira (e latino-americana).

Em tempo, a criação da *Lei Maria da Penha* demandou esforço internacional para que o Brasil a promulgasse, verificando-se - através de determinadas circunstâncias, especialmente as graves estatísticas da ocorrência da violência de gênero na América Latina - a repercussão social causada por eventos fáticos, seguida de construções legislativas preocupadas com a proteção da mulher em outros países.

O Brasil embora tendo seguido a tendência forçada por outros países da América Latina no combate a violência de gênero, acertou na estrutura legal do “feminicídio” e faz desta criação um passo ao reconhecimento da existência da desigualdade de gênero e em busca de um progresso que transforme a realidade das estatísticas.

REFERÊNCIAS

Baratta, Alessandro. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BBC. "País por país: o mapa que mostra os trágicos números dos feminicídios na América Latina.", BBC Brasil, <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38076091>. (accessed January 20, 2017)

Bianchini, Alice. *Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Brasil. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940. Rio De Janeiro, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. (accessed January 23,2017)

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. (accessed January 23,2017)

Brasil. Lei do Feminicídio. Lei Nº 13.104, De 9 De Março De 2015. Brasília, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. (accessed January 23,2017)

Brasil. Lei Maria da Penha. Lei Nº 11.340, De 7 De Agosto De 2006. Brasília, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm (accessed January 23,2017)

CEDAW. Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Nova Iorque, http://www.compromissoatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf. (accessed January 24,2017)

Cepal: Comisión Económica para América Latina y Caribe. Estadísticas de género: Violencia contra la mujer: Número de femicídios o feminicídios. http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegradaFlashProc_HTML.asp. (accessed April 01,2018)

Centenera Mar. "Os cinco assassinatos de mulheres que provocaram a indignação da Argentina.". El País, Buenos Aires, https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/18/internacional/1476805782_321966.html (accessed January 20, 2017)

Constante, Soraya. "Asesinadas a golpes en Ecuador dos turistas argentinas.", El País, Quito, https://elpais.com/internacional/2016/02/29/america/1456783042_957738.html (accessed January 20, 2017)

Delmanto, Celso et. al. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Dias, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Engels, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 9. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

Lacerda, Isadora Almeida. "Lei do Feminicídio e a Proteção das Mulheres em Situação de Violência", Departamento de Direito Puc-Rio (2015), http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Isadora_Almeida_Lacerda.pdf

Machado, Lia Zanotta. "Confrontos Políticos e Desafios Intelectuais", *Revista Estudos Feministas* 419, 2 (1995), <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16448/15029>

Mércia Cardoso de Souza, Luiz Fernando Baracho. "A Lei Maria Da Penha: Égide, Evolução E Jurisprudência No Brasil", *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, (2015), <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8695>.

Montenegro, Marília Montenegro. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Nucci, Guilherme Souza. *Curso de Direito Penal*. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OEА. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará". <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. (accessed January 22,2017)

OEА. "Informe Anual De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos 1997", <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/cap.6.htm>. (accessed January 22,2017)

Oliveira, Ana Carla Menezes de. "A Evolução da Mulher No Brasil do Período da Colônia a República.", *VI Colóquio Internacional "Educação e Contemporaneidade"*, (2012), http://educonse.com.br/2012/eixo_02/PDF/103.pdf .

Oliveira, Mariana Edi Rocha Gonçalves de, Larisse de Oliveira Rodrigues. Descolonizando O Feminismo: Desafios Para A Construção Do Feminismo Latino-Americano. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos)*, (2013), http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373345073_ARQUIVO_Artigo_FG_versaofinal.pdf.

ONU. “Paraguai aprova lei para criminalizar feminicídio e violência online contra mulheres”. <https://nacoe-sunidas.org/paraguai-aprova-lei-para-criminalizar-feminicidio-e-violencia-online-contra-mulheres/>. (accessed April 01,2018)

ONU. “Modelo De Protocolo Latino-Americano De Investigação Das Mortes Violentas De Mulheres Por Razões De Gênero (Femicídio/Feminicídio)”. http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf. (accessed January 22,2017)

ONU. “Morte de mulheres provocada por seu companheiro ou ex-companheiro”. Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe, <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/morte-mulheres-provocada-seu-companheiro-ou-ex-companheiro>. (accessed January 22,2017)

Paulson, Susan. *Sexo e gênero através das culturas*. Curitiba: UFPR, 2002.

Peinado, Mari Luz. “A campanha contra a violência machista #NiUnaMenos.”, El País, Buenos Aires, https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/28/internacional/1432824490_226268.html. (accessed January 20, 2017)

PNUD e ONU MULHERES. “Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apresentando políticas para erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe”, Panamá (2017), http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41014/S1601345_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. (accessed January 22,2017)

Priore, Mary Del. *Histórias e Com versas de Mulher*. São Paulo: Planeta, 2013.

Saffioti, H.I.B.. 1992, “Rearticulando gênero e classe social”. In: A. de O. Costa e C. Bruschini (org.). *Uma Questão de Gênero*, (Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos/FCC), 183-215

Télam. “El crimen de Montañita: nuevos detalles de la violenta muerte de las mendocinas.”. Clarin, Equador, https://www.clarin.com/sociedad/montanita-nuevos-detalles-violenta-mendocinas_0_HkEmNEjK.html (accessed January 20, 2017)

Waiselfisz, Julio Jacobo. “Mapa da violência 2015”. FLACSO BRASIL. http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. (accessed January 23,2017)

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política tem se apresentado, nos últimos cinco anos, como um dos principais fóruns de discussão e reflexão teórica e crítica sobre o direito constitucional e a filosofia política no Brasil. A terceira edição do Congresso, realizada em Curitiba, pelos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade Federal do Paraná, teve como tema central a Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social, recebendo mais de uma centena de trabalhos enviados por pesquisadores do Brasil e da América Latina. Foram publicados quatro volumes de trabalhos completos, os quais passaram por rigoroso peer review, com as seguintes temáticas específicas: Volume 1: Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política; Volume 2: Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional; Volume 3: Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo; Volume 4: Direitos Humanos e Democracia.



www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

