



Editora **UNIGUI**

Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito

Volume 9, Número 17

Jan./Jun. 2021

ISSN 2317-5389

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



Revista
**Direitos
Humanos e
Democracia**

Reitora
Vice-Reitora de Graduação
Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão
Vice-Reitor de Administração

Editor
Diretor Administrativo
Programador Visual

Contato
Editor
Editora de texto e de layout
e leitora de prova
Revisão
Conselho Editorial



Cátia Maria Nehring
Fabiana Fachinetta
Fernando Jaime González

Dieter Rugard Siedenberg



Editora UNIJUI

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000
Bairro Universitário
98700-000 – Ijuí – RS – Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
editora@unijui.edu.br
www.editoraunijui.com.br
www.facebook.com/unijuieditora/

Fernando Jaime González
Anderson Konagevski
Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2317-5389
Ano 9 • nº 17 • Jan./Jun. 2021

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUI – Mestrado em Direitos Humanos

doglasl@unijui.edu.br
Douglas Cesar Lucas, Unijuí, Brasil
Rosemeri Lazzari, Editora Unijuí, Brasil

Editora Unijuí

- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- André de Carvalho Ramos, Universidade de São Paulo – USP, Brasil
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Eduardo Devés-Valdés, Universidad de Santiago do Chile – Usach, Chile
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália
- Gilmar Antonio Bedin, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí, Brasil
- Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana – Unila, Brasil
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália
- Graciela Beatriz Rodriguez, Universidad Nacional de Rosário, Argentina
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza – Unifor, Brasil
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj, Brasil
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Katia Ballacchino, Università del Molise, Itália
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Brasil
- Manuel Moreira, Universidad Nacional de Misiones, Argentina
- Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Nuria Belloso Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Valcir Gassen, Universidade de Brasília – UNB, Brasil
- Vicente de Paulo Barretto, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj, Brasil

SUMÁRIO

UMA APRESENTAÇÃO DIFERENTE: Memória e Luto em Tempos de Pandemia

Doglas Cesar Lucas

PÁGINAS 5-6

MARIAS, CLARICES, FEMINIZAÇÃO E MIGRAÇÕES:

A Naturalização do Trabalho Doméstico

Raquel Fabiana Sparemberger, Camila Belinasso

PÁGINAS 7-23

AS MULHERES E A PRISÃO:

Uma Análise do Encarceramento Feminino Ante as Violações de Direitos da Personalidade

Dirceu Pereira Siqueira, Sabrina Medina Andrecioli

PÁGINAS 24-45

GÊNERO E EXECUÇÃO PENAL:

A Invisibilidade de Homens Transexuais Encarcerados como uma Ofensa aos Direitos Humanos

Vanessa de Sousa Soares, Klelia Canabrava Aleixo

PÁGINAS 46-59

DIREITOS HUMANOS, MÍDIA E REFÚGIO:

Uma Análise sobre a Construção da Narrativa Acerca dos Migrantes Venezuelanos no Brasil

Denise Mercedes Nunez Nascimento Lopes Salles, Flávia Rodrigues de Castro, Gustavo do Amaral Loureiro

PÁGINAS 60-71

A HOSPITALIDADE COMO FUNDAMENTO TEÓRICO-FILOSÓFICO DE UMA CIDADANIA COSMOPOLITA PARA REFUGIADOS

André Leonardo Copetti Santos, Lucas Vianna

PÁGINAS 72-90

A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA À CRISE DA JURISDIÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE

José Laurindo de Souza Netto, Anderson Ricardo Fogaça, Adriane Garcel

PÁGINAS 91-104

A (IN)APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL ANTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

A Necessidade da Observância do Princípio da Proporcionalidade

Renata Albuquerque Lima, Átila de Alencar Araripe Magalhães, Matheus Araújo Teixeira

PÁGINAS 105-117

PODER DE FATO E PODER DE DIREITO NO EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR:

Da Vontade Geral Como Condição para a Instauração da Democracia Participativa

Luiz Carlos Mariano da Rosa

PÁGINAS 118-138

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITO À HONRA:

Uma Análise da Reclamação Constitucional n. 22.328/RJ (Informativo de Jurisprudência n. 893) do Supremo Tribunal Federal (STF)

Ilton Garcia da Costa, Gabriela Lopes Cirelli

PÁGINAS 139-153

A CIDADE NEOLIBERAL E A DOMINAÇÃO RACIAL NO SÉCULO 21:

Uma Perspectiva Interseccional sobre o Recuo dos Direitos Sociais

Sávio Silva de Almeida, Cristina Pereira de Araujo

PÁGINAS 154-176

**A CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL E A OFENSIVA POPULISTA:
o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

Flávia Piovesan, Gabriel Pinho Brochado

PÁGINAS 177-193

**ESCOVANDO A HISTÓRIA COLONIAL A CONTRAPELO:
Teoria da Memória como Base Epistemológica para uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos**

Nelson Camatta Moreira, Antonio Leal de Oliveira, Silvana Pereira Carneiro

PÁGINAS 194-210

REFLEXÕES SOBRE O POTENCIAL PEDAGÓGICO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Klever Paulo Leal Filpo, Geovana Faza da Silveira Fernandes

PÁGINAS 211-230

**A RESPONSABILIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS:
Estudo de Caso Sobre o Trabalho em Condições Análogas ao de Escravo na Indústria Têxtil**

Leticia Alves de Jesus, Luís Alexandre Carta Winter

PÁGINAS 231-246

**A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO FORMA DE CONSOLIDAÇÃO DO MERCOSUL:
A Busca por uma Efetiva Integração Social**

Pedro Ernesto Neubarth Fernandes, Leonel Severo Rocha

PÁGINAS 247-257

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOBRE A REFORMA TRABALHISTA
(LEI 13.467/2017) SOB A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE ACESSO À JUSTIÇA**

Igo Zany Nunes Correa, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

PÁGINAS 258-277

ANÁLISE DO DEBATE PARLAMENTAR SOBRE O “INFANTICÍDIO” INDÍGENA

Gabriel Pereira Penna Andrade, Edson Ferreira de Carvalho

PÁGINAS 278-298

**EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS EM CASOS SENSÍVEIS:**

A Resposta do STF aos Casos Gomes Lund e Belo Monte

Catarina Melo Cavalcante, Mikelli Marzzini Lucas Alves Ribeiro

PÁGINAS 299-317

O PODER DISCIPLINAR E A PRODUÇÃO DA DELINQUÊNCIA EM MICHEL FOUCAULT

Marcele Homrich Ravasio, Alena Ocom Moreira, Tainah Motta Nascimento

PÁGINAS 318-338

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.12706>

UMA APRESENTAÇÃO DIFERENTE: Memória e Luto em Tempos de Pandemia

Esta apresentação, diferentemente das outras, funcionará como um registro, como uma memória pública e como um grito que ecoa o luto que marcou e marca fundo a lembrança do tempo de muita gente. No momento em que escrevo esta apresentação, no dia 31 de agosto de 2021, o Brasil se aproxima de 580 mil mortes decorrentes da pandemia da Covid-19, e o mundo chega à marca de 4,5 milhões de vidas perdidas para a doença. A morte está por todos os lados e impõe diariamente a sua presença, desnudando de modo escrachado a finitude e a fragilidade que constitui nossa existência humana. Quase todos nós perdemos alguém. Amigos, pais e mães, filhos, alunos, colegas, íntimos ou distantes. Todos fomos tomados pela morte em excesso, como evento cotidiano para além do normal, como fato pura e simplesmente biológico, mas também como fato trágico e, portanto, existencial e determinante na condução de nossas próprias trajetórias. Fomos emparedados pela morte de um modo diferente na pandemia. A morte foi naturalizada e desdenhada por governos negacionistas e seu luto banalizado, neutralizado. A potência coletiva e pública que a morte sempre causou, pois ela sempre chega, foi aprisionada e relegada à dor íntima, vivida nos enterros sem corpos e nos lutos insuportavelmente individuais. Todos podemos portar o vírus, qualquer um pode transmiti-lo, desconfiamos de todos, obrigamos todos a tomarem a vacina. A morte não é, definitivamente, uma preocupação privada. Tornou-se um problema público e um problema do mundo.

Em seu clássico livro *O homem diante da morte*, o historiador Ariès (2014) refere que a relação do homem com a morte se desenvolveu, no Ocidente, de três maneiras distintas. A primeira, durante os primeiros tempos da Idade Média, trata a morte como domada, como algo que chegará a todos indistintamente e sem precipitação e que levará o bom cristão ao encontro do Pai. A segunda, por volta do século 12, decorre da importância que o homem atribui a sua existência, deflagrando a ideia de uma vivência mais dramática da morte, pois passa a configurar em momento de julgamento individual de cada um pelas escolhas mundanas. O juízo final faz da morte o momento do julgamento da biografia individual da vida terrena. A terceira forma de relação com a morte lhe atribui uma posição de interdito, de escondimento da morte do outro. A morte, na modernidade, é a separação de quem se ama, é perda afetiva e é a dor da falta. A morte antes aceita é agora uma morte que separa, que descontinua, que faz doer, que tem relação com afeto e amor. Ocorre que agora a morte ocupa outro lugar e é sentida noutra dimensão, é vivenciada sozinha e as famílias sentem-se obrigadas, em certa medida, a evitar maiores manifestações públicas de sua dor. A Modernidade quase proíbe o luto fora da intimidade. O luto envergonhado e solitário parece ser o único recurso possível na Modernidade. Parece até que estamos proibidos de ficar comovidos pela morte dos outros. Evidência disso é o fato de que dois dias são, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, suficientes para que o empregado dê conta de administrar o seu luto (como se isso fosse possível) e voltar à vida profissional, agora com seus mortos a tiracolo, cuja ausência deve ser sentida nas horas vagas. De fato, se a morte está em todos os lugares, então ela está, também, em lugar nenhum. Quem sente, porém, a “ausência presente” da morte todos os dias pela perda “dos seus”, sabe que ela está e sempre estará lá, num horizonte enuviado que traz a lembrança lancinante de tempos difíceis.

Em tempos de pandemia, em que a morte povoa nosso cotidiano diariamente, as instituições públicas deveriam dar a importância que de fato a morte passou a ocupar como evento público, como acontecimento social que repercute. Ao desdenhar da morte, os governos negacionistas desdenham do próprio luto, da possibilidade de a vida dos vivos suportarem a dor das rupturas no processo de produzir memória. Ao negarem a morte repentina e fora do tempo esperado negam a vida daqueles que a carregam. Em guerras e pandemias a morte é recolocada como um tema público e o seu luto deveria ser encarado do mesmo modo, como um acontecimento doloroso que compromete a todos com a morte dos outros. O luto não pode ser neutralizado, ele precisa ser vivido em seu próprio tempo e intensamente.

Viver o luto, com todos os pesos e durezas com que ele se apresenta, é condição de possibilidade de futuro, de continuidade de uma vida destravada que produz memória sem apri-sionar. Essa travessia, no entanto, é muito difícil. Chimamanda Adichie (2020, p. 3), ao descrever a dor pela perda repentina do pai em decorrência de complicações renais em seu *Notas sobre o luto*, destaca que o “luto é uma forma cruel de aprendizado. Você aprende como ele pode ser pouco suave, raivoso. Aprende como os pêsames podem soar rasos. Aprende quanto do luto tem a ver com palavras, com a derrota das palavras e com a busca das palavras”.

O Brasil precisa compreender o tamanho de suas perdas. Milhares de famílias enlutadas terão jornadas difíceis pela frente. É muito importante que se construa uma memória pública em torno dessas perdas antes de se desligar o passado. Por fim, gostaria de registrar uma homenagem especial à família do nosso aluno da primeira turma do Doutorado, Miguel Argemiro Soares Garaialdi, que infelizmente faleceu em decorrência da Covid-19 no ano de 2021. A forma de homenagear a todos é resistir e lutar contra as práticas e ações políticas que tratam a vida com indiferença e desprezo. Eis um bom compromisso para ligar o futuro.

Ijuí/RS, 31 de agosto de 2021.

Doglas Lucas

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.8760>

MARIAS, CLARICES, FEMINIZAÇÃO E MIGRAÇÕES: A Naturalização do Trabalho Doméstico

Raquel Fabiana Sparemberger

Autora correspondente. Universidade Federal do Rio Grande, Faculdade de Direito – Campus Carreiros. Av. Itália, Km 8 – Carreiros. Rio Grande/RS, Brasil. CEP 96010-000. <http://lattes.cnpq.br/1275535624435246>. <https://orcid.org/0000-0001-9366-9237>. raqueberger17778@hotmail.com

Camila Belinasso

Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre/RS, Brasil. camilabelinaso@gmail.com

RESUMO

Este texto aborda aspectos da feminização das migrações, desde a análise de situações e suas inter-relações com o trabalho doméstico e sua naturalização, com ênfase nas mulheres latino-americanas migrantes. Elucidam-se quais são os contextos históricos, sociais e políticos nos quais estão inseridas as mulheres quando em situação de migrante. Enfatiza-se a história de resistência por parte das mulheres ao patriarcado, na qual se destaca o momento em que os direitos das mulheres foram reconhecidos como direitos humanos, fato ocorrido em 1993 na Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena. O método de abordagem é o dialético, a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: patriarcado; mulher latino-americana; feminização das migrações.

MARIAS, CLARICES, FEMINIZATION AND MIGRATION: THE NATURALIZATION OF DOMESTIC WORK

ABSTRACT

This paper addresses aspects of the feminization of migration, from the analysis of situations and their interrelations with domestic work and their naturalization, with emphasis on migrant Latin American women. They elucidate the historical, social and political contexts that women are inserted when they are migrant. Emphasizes the history of resistance on the part of women in the country, highlighting the moment when women's rights were recognized as human rights, which took place in 1993 at the United Nations World Conference on Human Rights in Vienna. The method of approach is the dialectic, the technique of bibliographic research.

Keywords: patriarchy; latin american woman; feminization of migration.

Recebido em: 14/2/2021

Aceito em: 19/5/2021

1 INTRODUÇÃO

Este texto trata do fenômeno da feminização das migrações e suas relações com a naturalização do trabalho doméstico. Tal temática possibilita, diante dos contextos atuais, verificar as fragilidades do indivíduo diante de conflitos sociais, da diáspora,¹ da intolerância e do ódio que deixaram de ser satisfatoriamente solucionados pelas instituições político-estatais e foram transferidos para um sujeito relegado à própria sorte, que sozinho precisa fazer suas escolhas e definir seu destino. Essa responsabilidade, jogada sobre um indivíduo cuja identidade foi abalada pela fragmentação de um mundo globalizado e descentrado, agrava-se pelo fato de as instituições sociais tradicionalmente terem sido seu ponto de segurança, mas que diante da liquidez da vida não mais conseguem responder a tais realidades. Desde os primórdios percebe-se que questões econômicas, raciais, sociais, culturais e sexuais são categorias extremamente marcantes num mundo caracterizado pelas diferenças. Nesse sentido, o legado histórico de dominação intrínseco ao paradigma da sociabilidade da modernidade ocidental foi constituído e influenciado por um passado de excesso de tradições que definiam a mulher como um corpo para servir e ser dominado, um processo histórico de privações, submissão, subalternização² e silenciamento.

Nesse sentido, o texto aborda aspectos da feminização das migrações, desde a análise de situações e suas inter-relações com o trabalho doméstico e sua naturalização, com ênfase nas mulheres migrantes. Demonstra quais são os contextos históricos, sociais e políticos em que estão inseridas as mulheres quando em situação de migrantes. Na sequência o texto enfatiza a longa, profunda e contínua história de resistência por parte das mulheres ao patriarcado, na qual se destaca o momento em que os direitos das mulheres foram reconhecidos como direitos humanos.

Num segundo momento analisa-se por intermédio de estudos feministas as migrações no mundo contemporâneo, os padrões de migração ante a feminização crescente, tendo como principal objetivo compreender a relação entre o papel social da mulher e os fatores que estruturam tais padrões atualmente. Com tal abordagem objetiva-se averiguar se o reconhecimento das mulheres como seres de pleno direito na legislação internacional colaborou para observância das interseccionalidades relativas às mulheres, suas categorias de articulação e também suas experiências na condição de migrantes latino-americanas.

Por fim, verifica-se qual posição elas ocupam no mercado de trabalho nos países a que se destinam e se esta posição tem alguma relação com a naturalização do trabalho doméstico

¹ “Diáspora significa o espalhamento dos povos, que saem de sua terra de origem para concretizar a vida em outros países ou em outros continentes. Seja de forma forçosa ou por opção própria, os povos que abandonam sua casa jamais se desapegam das origens, e mantêm por meio da tradição a cultura na qual nasceram. Isso se dá pela manutenção da língua, da religião, modo de pensar e agir. Essa cultura original, no contexto diaspórico, porém, está em constante transformação, de maneira que novos costumes acabam sendo assimilados e interferem não apenas na identidade pessoal mas também na identidade coletiva, que por sua vez reflete a identidade cultural de determinado grupo”(CANCIAN, 2018).

² Segundo Gayatri Chakravorty Spivak, o sujeito subalterno é aquele pertencente às camadas mais baixas da sociedade, constituídas pelos modos específicos de exclusão dos mercados, da representação política e legal e da possibilidade de se tornarem membros plenos no estrato social dominante. Segundo a autora, a ideia de subalterno é mais arduamente imposta ao gênero feminino, posto que a “mulher como subalterna, não pode falar e quando tenta fazê-lo não encontra os meios para se fazer ouvir”(SPIVAK, 2010).

pelo patriarcado. Para o desenvolvimento de tal trabalho adota-se o método de abordagem dialética e a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica.

2 MIGRAÇÕES E O FENÔMENO DA FEMINIZAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Os conceitos de direitos humanos, migrações e o fenômeno da feminização hoje são partes de uma retórica prevalecente. As relações entre as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram. As mulheres, assim como homens, crianças, idosos, têm migrado, se deslocado para diferentes regiões.

Vive-se num mundo de privação, destituição, discriminação e opressão extraordinária. Existem problemas novos convivendo com antigos. Diante da realidade que nos cerca, tudo fica em segundo plano na situação conjuntural, mas uma situação permanece institucional, estrutural e social – a questão da igualdade, da discriminação, da intolerância, da pobreza, de todas as formas de desigualdades praticadas contra os grupos vulneráveis e também contra as mulheres (SPAREMBERGER, 2018).

Segundo Schwarz, citado por Sparemberger (2018), o crescente fluxo de imigrantes lançou uma série de desafios para os países: imigração ilegal, a forma de integração dos imigrantes às sociedades nacionais e a provisão de direitos e garantias individuais e sociais. Por outro lado, os imigrantes enfrentam o desafio de integrar-se a uma sociedade que muitas vezes reage com suspeita e hostilidade diante da sua chegada.

Em relação às mulheres migrantes a realidade é a mesma das brasileiras e reflete um pouco a sua situação em todo o mundo.

Salários menores nos mesmos cargos, preconceito, dificuldade em chegar aos postos de chefia e o acúmulo do trabalho reprodutivo e não remunerado. Vencer essas barreiras que impedem o empoderamento das mulheres ao redor do mundo e garantir a igualdade de gênero é uma meta das Nações Unidas para 2030 dentro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. O desafio é ainda maior para as mais de 117 milhões de mulheres migrantes ao redor do globo – 320 mil no Brasil – que buscam no trabalho o meio de alcançar uma vida digna para além das fronteiras. Acabar com a desigualdade de gênero, segundo dados do Fundo Monetário Internacional, tornaria a economia dos países mais rentável. Em algumas regiões do mundo, as perdas em PIB per capita que podem ser atribuídas à desigualdade de gênero no mercado de trabalho podem chegar a 27%. O FMI aponta que as mulheres representam cerca de 50% da população em idade ativa, mas apenas 40% da força de trabalho global, embora a participação feminina tenha crescido nas últimas duas décadas.

No Brasil, a presença das mulheres no mercado de trabalho tem se expandido e os anos de estudo são mais elevados que o dos homens. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) 2014, realizada pelo IBGE, mostra que as mulheres estudam em média oito anos, diante dos 7,5 anos dos homens. Mesmo assim, a desigualdade ainda precisa ser superada. De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), homens ainda ganham mais do que as mulheres: em 2014, homens tinham o salário médio de R\$ 1.831, enquanto as mulheres ganhavam R\$1.288. As mulheres negras têm a menor remuneração, com valor médio salarial de R\$ 946, e os homens brancos a maior, com média de R\$ 2.393 (BRANDINO; DELFIM, 2018, p. 1).

Por não serem cidadãos nacionais, os(as) imigrantes gozam de menos direitos do que a população nativa, sendo frequentemente explorados(as) e discriminados(as), inclusive na esfera trabalhista: exclusões ou preferências segundo o tipo de emprego que podem ou não podem ocupar, desigualdades salariais, proibição do exercício de atividades sindicais, etc. Quanto aos irregulares, frequentemente são detidos e deportados em condições que violam as normas mais elementares. Em relação à realidade da mulher migrante,³ ou imigrante, a realidade é ainda mais preocupante. É possível destacar que:

Elas enfrentam as mesmas dificuldades que mulheres em situação de vulnerabilidade no Brasil, mas agravam sua situação a barreira linguística, o preconceito e a xenofobia, ausência de referências e a ambientação ao novo país. A dificuldade de acesso a políticas públicas universais por causa dessas situações também torna o dia a dia mais difícil. Não por acaso, os poucos estudos que temos mostram que essas mulheres que chegam ao país em situação de vulnerabilidade – sem documentos, sem carteira de trabalho, sem falar Português – se alocam em serviços de baixa remuneração e condições precárias de trabalho – as oficinas de costura e o emprego doméstico não formal são exemplos disso (BRANDINO; DELFIM, 2018, p. 2).

Para Schwarz, citado por Sparemberger (2018), o fenômeno da imigração passou a ocupar, a partir dos últimos anos do século 20 e início do século 21, um lugar central nos debates políticos nas sociedades capitalistas centrais, desvelando-se uma convergência cada vez mais intensa entre as políticas de imigração e de nacionalidade e as políticas econômicas, equação cada vez mais impactada pelo inexorável processo de globalização. Para enfatizar a questão da migração e da feminização, sabe-se que desde muito as mulheres disputam o espaço público e a participação nos núcleos de debates que influenciam a condução das democracias, de modo que a representação das mulheres é reivindicada pelo movimento feminista, cuja história demonstra que o reconhecimento de determinados direitos é intrínseco à conquista desses espaços por mulheres. A permissão, contudo, para transitar nos meios de construção das democracias expressa-se a partir da divisão sexual do trabalho e por todo conjunto do que é viver a partir de valores e classificações determinadas pelo sexo; pela divisão genérica dos espaços sociais: criação-procriação, público-privado, pessoal-político; pela existência de formas, relações, estruturas e instituições hierárquicas de poder e domínio autoritário, fundadas na exploração de alguns grupos por outros, que delimitam suas capacidades de decidir; também se expressam pela definição da mulher como ser social em torno de uma sexualidade expropriada, procriadora ou erótica, um corpo que serve aos outros (LAGARDE, 2005, p. 130-132).

Assim, a dificuldade enfrentada pelas mulheres quando pretendem se libertar do espaço privado, revela que todas estão à disposição dos outros e sob o domínio dos homens e de suas instituições patriarcais e classistas. Logo, paralelamente à opressão a que todas as mulheres estão submetidas por sua condição genérica, existem diferenças entre elas devido à sua situação histórica e particular de vida, formando-se níveis de intensidade e alcance dessas opressões, que são o objeto de uma análise interseccional das experiências por e pelas

³ Migração é todo movimento populacional que se refere, de maneira ampla e geral, ao movimento de entrada e saída de indivíduos, seja dentro do mesmo país, seja em países diferentes. Emigração, mais especificamente, consiste no ato de sair de um local, e imigração, à entrada em novo local.

mulheres. Presente, o sistema patriarcal se desenvolve e se adéqua a partir do surgimento de determinados feitos e atua de forma a perpetuar o controle da sexualidade da mulher, elemento nuclear da opressão (SAFFIOTI, 2015), de modo que toda a relação social de dominação existente entre uma relação sexual se constitui na divisão entre o masculino-ativo e o feminino-passivo, configurando os desejos de ambos (BOURDIEU, 2016, p. 38).

Para a antropóloga feminista Marcela Lagarde (2005, p. 130-132), a vida da mulher está organizada em torno de uma sexualidade culturalmente destinada para o outro, seja como cidadã ou como fiel, seja como filha, esposa, mãe ou prostituta. Ensina a autora que o poder atravessa o corpo da mulher, e a linguagem laica estatal controla a sua fecundidade e a sua fertilidade, que passam, então, a serem assuntos de política demográfica. Já a linguagem doméstica do amor e do poder faz referência à fidelidade, à castidade ou à permanente disposição da mulher ao prazer do outro ou à maternidade como fatores naturais. A sexualidade, portanto, está estruturada socialmente para reproduzir uma cultura sintetizada e organizada pelos privilégios patriarcais masculinos, centrando a masculinidade e a feminilidade no acesso aos bens reais e simbólicos, o acesso ao trabalho e a outras atividades criativas (LAGARDE, 2005, p. 130-132).

Desse modo, o controle exercido pelo poder patriarcal objetiva a manutenção da ordem econômica, pois o ato de manter a mulher no espaço privado e, ao mesmo tempo, encantada por cumprir papéis sociais estereotipados, reconhece nelas a ideia de que necessitam ser protegidas, uma vez que são responsáveis pela existência humana e, logo, dependentes de ações materiais e simbólicas realizadas por homens. Percebe-se que o poder exercido é a essência da subordinação e está presente em todas as relações sociais, bem como na reprodução dos sujeitos sociais, no público e no privado. Neste aspecto, o movimento feminista passa a exigir uma vida sem discriminação às mulheres, e apesar das oposições conquista um câmbio paradigmático por intermédio da exigência de que os direitos das mulheres fossem considerados direitos humanos, intensificando o vínculo entre igualdade e não discriminação (FACIO, 2011, p. 6).

Então, foi na Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, celebrada em Viena no ano de 1993, a primeira vez que se convencionou explicitamente que o direito das mulheres são direitos humanos. Atenta-se: foi apenas no final do século 20 que as mulheres alcançam a categoria de humanas para o Direito Internacional (FACIO, 2011, p. 6). Desde então, intensificaram-se os movimentos e as negociações realizadas dentro do sistema das Nações Unidas, que inclusive são objeto de críticas de teóricas feministas como Jules Falquet, que defende que o sistema de relações internacionais está marcado pela colonização e pelo imperialismo, de modo que as relações passadas entre Leste-Oeste e as recentes Sul-Norte desempenham um papel determinante para as políticas adotadas pelas instituições internacionais. Em relação ao feminismo, argumenta a autora sobre a necessidade de questionamentos às propostas e à legitimidade do movimento de mulheres e do movimento feminista ante a imposição de um desenvolvimento supostamente consensual por parte das instituições internacionais, porque, em realidade, tem-se identificado que a condução adotada por ditas instituições vai de encontro aos interesses das mulheres e das análises radicalmente transformadoras do feminismo, condicionando as mudanças às pretensões institucionais (FALQUET, 2003, p. 14).

A Organização das Nações Unidas (ONU) conquistou o título de ator central e benfeitor da humanidade, atuando como condutor da boa governabilidade mundial, o que também se aplicou ao feminismo e à apropriação do movimento para, então, torná-lo funcional ao sistema de direitos humanos (FALQUET, 2003, p. 15). Em dezembro de 1975 a ONU organizou preparatórias para conferências internacionais sobre a mulher, iniciando com o México, ocasião em que se elaborou a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw). A proposição da ONU está marcada por importantes e intensas atividades, entre elas a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, no ano de 1995, que encerra o ciclo pretendido pela Organização em prol das mulheres. Importante destacar que, nesses encontros, estipularam-se agendas de atividades internacionais, para as quais, afirmavam as instituições, a sociedade civil está sempre convidada a participar (não a construir).⁴

Antes, em 1946, o Conselho Econômico e Social decidiu pela criação da Comissão da Condição Jurídica e Social da Mulher (CSW), cujo principal objetivo era promover e instituir o princípio de que homens e mulheres devem gozar de direitos iguais. A tarefa, portanto, concentrou-se na discriminação contra as mulheres desde uma perspectiva legal da igualdade, que levou as correntes androcêntricas dos direitos humanos ao enfrentamento do conceito de igualdade desde as diferenças entre os sexos. Nesse sentido, Alda Facio denuncia que, em realidade, a criação da CSW permitiu à Comissão de Direitos Humanos da ONU desviar sua competência sobre toda e qualquer violação de direitos das mulheres (2011, p. 7) Logo, a resolução dos casos acabava prejudicada, pois iniciavam com conflito de competência. As mulheres que compunham a Comissão, no entanto, cientes do prejuízo da linguagem androcêntrica, postulam uma mudança no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo conteúdo restou alterado a fim de reconhecer que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direito.

Entre outros fatos a CSW, no decorrer dos anos de atuação, avançou na adoção de tratados internacionais que objetivavam a garantia de muitos direitos das mulheres, como a Cedaw, reconhecido como tratado de direitos humanos pela ONU depois de 1993, após Conferência de Viena, objeto de análise proposto neste trabalho, e que expressa uma conquista do movimento quanto à concepção dos direitos das mulheres como direitos humanos, mediante o envolvimento de lutas em diferentes campos e distintos níveis da história da defesa de nossos direitos.

Nesse sentido, fundamenta Alda Facio (2011, p. 6), que há de se atentar que, na realidade, a luta nem começou e muito menos terminou no marco da legitimação da mulher como sujeito de direitos. Assim, não se pode desconsiderar todo o esforço realizado antes e reco-

⁴ Em razão do objeto e sucinto espaço destinado a este trabalho, destaca-se trecho peculiar e objetivo da crítica às organizações internacionais desde uma perspectiva feminista materialista feita por Falquet: “Sin embargo, el fenómeno más interesante de se observar es como la ONU consiguió poco a poco absorber las actividades de las organizaciones de mujeres en sus propias conferencias. En efecto, en 1975 en México algunas feministas habían llevado a cabo *fuera de la conferencia* un conjunto de acciones para denunciarla como un intento de recuperación de su movimiento. Al contrario, en 1995 el Foro de las ONGs fue organizado por la misma ONU, y muchas mujeres y grupos feministas participaron *desde dentro* para intentar ser escuchadas precisamente por Naciones Unidas y los gobiernos [...] Beijing ilustra de forma especialmente nítida la instalación del dispositivo “participativo” de la ONU [...] que encabezaba simultaneamente dos actos: tanto la conferencia oficial de los gobiernos como el foro “paralelo” de las ONGs, habiendo cuidadosamente definido los mecanismos destinados a separar a los dos” (FALQUET, 2003, p. 19).

nhecido como fator impulsionador para novos espaços de discussão e de repetição do mote prévio à Conferência, qual seja: os direitos das mulheres são direitos humanos. A importância da inclusão das palavras mulheres, meninas e sexo foi compreendida alguns anos depois, quando o movimento das mulheres e o movimento feminista apoiaram-se nesse vínculo para exigir seus direitos como direitos humanos.

Após 1993, a CSW altera seu enfoque com o intuito de pôr em prática o programado na Conferência, contudo a crescente força dos regimes fundamentalistas da época e a maior participação de ONGs de direita e fundamentalistas nas suas reuniões, bem como a falta de conhecimento da Cedaw por estas representações, culminaram no enfraquecimento das possibilidades de incorporar a pretendida perspectiva para os direitos humanos (FACIO, 2011, p. 11). Assim sendo, a diferença ora tratada é que após 1993 restou permitido às mulheres a exigência da efetividade de seus direitos, então direitos humanos, haja vista que nenhum dos temas, estratégias e mobilizações realizadas eram tratados dentro do marco dos direitos humanos. Não surpreende, também, que as ativistas latino-americanas tenham sido as primeiras a adotar a linguagem de direitos humanos em relação à violência contra a mulher, haja vista que o contexto de violência nos países em que as ditaduras se faziam presentes era combatido com o uso e educação em direitos humanos. A preocupação por parte das organizações, no entanto – majoritariamente compostas por homens – com os abusos perpetrados contra as mulheres não obtinha o cuidado necessário, dado que elas eram entendidas como preocupações de menor categoria que as demais. O enfrentamento dessas condições dentro das organizações foi realizado pelas mulheres latinas, que desenvolveram o uso da linguagem afirmativa de serem os direitos das mulheres direitos humanos (FACIO, 2011, p. 13).

Não obstante, a aceitação da nova condição esbarra nos questionamentos de como seriam compreendidas as violações (ou não) de tais direitos por pessoas ou empresas privadas, ou seja, se essas poderiam ser qualificadas como violadoras. Nesse sentido, as feministas bem apontaram que a exclusão do âmbito privado é equivocada, ocasião em que expressaram a divisão do público-privado, tão presente em suas vidas, e se impulsiona a construção de um modelo de direitos humanos e de responsabilização estatal cúmplice das violações perpetradas aos direitos das mulheres por privados, o que contraria, inclusive, o disposto na Cedaw. Ante ao fato, as ONGs específicas de direito das mulheres constataran a necessidade de expandir tais direitos como direitos humanos, o que fora permitido por intermédio da Conferência de Viena, em que as feministas difundiram a convicção e estratégias dentro desse marco aos direitos humanos.

Como já ressaltado, porém, a possibilidade de enfrentamento e resistência naquele espaço apenas foi possível em razão de as mulheres já estarem articulando o tema em circunstâncias anteriores na América Latina, principalmente em organizações contra os regimes ditatoriais desde os anos 70, a fim de reconhecer a violência contra a mulher como violação de direitos humanos (FACIO, 2011, p. 14). Muitos atos foram organizados e realizados pelo movimento feminista com o fim de obterem a conquista. Em 1993, por exemplo, foram inúmeras as assinaturas coletadas e entregues na Conferência aos governos para o reconhecimento de que a violência de gênero contra as mulheres é uma violação de direitos humanos e, portanto, requer ação imediata do Estado por intermédio de uma perspectiva de gênero. Entre os atos realizados, destaca-se a Conferência *La Nuestra*, ocorrida em 1992, na qual se

desenvolveu um programa de 19 pontos, cujo documento postulava a adoção de resoluções específicas sobre os direitos das mulheres como direitos humanos, a existência de uma relatoria especial para a violência de gênero e protocolos facultativos à Cedaw e ainda defendia a necessidade de medidas para mulheres indígenas, para as vítimas de tráfico e exploração sexual (FACIO, 2011, p. 16).

Conseqüentemente, requereu-se a inclusão, a visibilidade e a integração dos direitos das mulheres em todos os programas de direitos humanos da ONU e, ainda, que tais programas considerem a diversidade geográfica, cultural, religiosa, linguística e a capacidade de trabalho, haja vista que houve a insistência por parte das mulheres que impulsionaram o movimento de que os direitos econômicos e sociais, como os direitos civis e políticos, são de extrema importância para o reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos humanos, em virtude da necessidade de se considerar a interdependência de todos os direitos. Retornando o marco em análise, da Conferência restou publicada a Declaração e Programa de Ação de Viena, considerando-se imprescindível apresentar os trechos e os destaques que seguem:

[...] 18. Os direitos humanos das *mulheres* e das *meninas* são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das *mulheres*, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional. [...] Os direitos humanos das *mulheres* deverão constituir parte integrante das atividades das Nações Unidas no domínio dos direitos humanos, incluindo a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relativos às *mulheres*. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem os seus esforços com vista à proteção e à promoção dos direitos humanos das *mulheres* e das *meninas*. [...] 28. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos manifesta a sua consternação perante as violações massivas de direitos humanos, em especial sob a forma de genocídio, “limpeza étnica” e violação sistemática de *mulheres* em situações de guerra, originando êxodos em massa de refugiados e pessoas deslocadas. [...] 30. [...] Tais violações e obstáculos incluem, além da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, as execuções sumárias e arbitrárias, os desaparecimentos, as detenções arbitrárias, todas as formas de racismo, discriminação racial e *apartheid*, a ocupação e o domínio por parte de potências estrangeiras, a xenofobia, a pobreza, a fome e outras negações dos direitos econômicos, sociais e culturais, a intolerância religiosa, o terrorismo, a discriminação contra as *mulheres* e a inexistência do Estado de Direito. [...] 37. A igualdade de estatuto e os direitos humanos das *mulheres* devem ser integrados nas principais atividades de todo o sistema das Nações Unidas. Estas questões devem ser tratadas de forma regular e sistemática em todos os órgãos e mecanismos pertinentes das Nações Unidas. De um modo especial, devem ser tomadas medidas para aumentar a cooperação entre a Comissão sobre o *Estatuto da Mulher*, a Comissão dos Direitos do Homem, o *Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres*, o *Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento das Mulheres*, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e outras agências desta organização e para uma melhor integração dos objetivos respectivos. Deve, neste âmbito, ser reforçada a cooperação e integração entre o Centro para os Direitos Humanos e a Divisão para o Progresso das *Mulheres*. 38. A Conferência sobre Direitos Humanos salienta principalmente a importância de se trabalhar no sentido da *eliminação da violência contra as mulheres na vida pública e privada*, a eliminação de todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de *mulheres* para prostituição, da

eliminação de tendências *sexistas* na administração da Justiça e da erradicação de quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos das mulheres e os efeitos nocivos de certas práticas tradicionais ou consuetudinárias, preconceitos culturais e extremismos religiosos. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela à Assembleia Geral para que adote o projeto de declaração sobre a violência contra as *mulheres*, e insta os Estados a combaterem a violência contra as *mulheres* em conformidade com as disposições contidas na declaração. As violações dos direitos das *mulheres* em situações de conflito armado constituem violações dos princípios internacionais fundamentais de Direitos Humanos e de Direito Humanitário. Todas as violações deste tipo, incluindo especialmente o homicídio, as violações sistemáticas, a escravatura sexual e a gravidez forçada exigem uma resposta particularmente eficaz. [...] 42. Os órgãos de controle da aplicação de tratados deverão incluir o estatuto da *mulher* e os seus direitos humanos nas suas deliberações e conclusões, fazendo uso de dados que se refiram especificamente *a este sexo*. Os Estados deverão ser encorajados a fornecer informações sobre a situação das *mulheres*, de jure e de fato, nos seus relatórios apresentados àqueles órgãos. [...] A Divisão para o Progresso das Mulheres, em cooperação com outros organismos das Nações Unidas, particularmente o Centro para os Direitos Humanos, deverá igualmente tomar medidas com vistas a garantir que as atividades das Nações Unidas ligadas aos direitos humanos contemplem regularmente as violações dos *direitos humanos das mulheres*, incluindo os abusos cometidos especificamente contra esse sexo. Deverá ser encorajada a formação de pessoal das Nações Unidas no domínio dos direitos humanos e do auxílio humanitário, para que este possa reconhecer e lidar com este tipo de abusos de direitos humanos, e efetuar o seu trabalho sem preconceitos sexistas. 43. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os governos e as organizações regionais e internacionais a facilitar o acesso das *mulheres* a cargos com competências decisórias e a permitirem a sua maior participação nos processos decisórios. A Conferência encoraja ainda a adoção de novas medidas no seio do Secretariado das Nações Unidas, no sentido de serem nomeadas e promovidas *mulheres* enquanto membros do pessoal, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, e encoraja outros órgãos principais e subsidiários das Nações Unidas a garantirem a participação das *mulheres* em condições de igualdade [...] (grifos nossos).

Depreende-se da leitura dos trechos selecionados a existência de uma integração da perspectiva de gênero na agenda dos direitos humanos, mesmo que ainda estivesse faltante, por exemplo, pontuações quanto às mulheres migrantes, uma vez que consta apenas referência a trabalhadores migrantes. As vitórias, no entanto, são consideráveis: ter a violência contra a mulher na agenda da Organização como uma violação de direitos humanos, tanto como crime quanto como ato privado, identificava uma nova era de direitos, em que a universalidade incluía as mulheres. Logo, pontos primordiais foram conquistados com a Conferência, visto que constou a crítica às práticas, inclusive religiosas e culturais, que restringem a atuação das mulheres e se reafirmou a urgência de documentos que fortalecessem a Cedaw.

Assim, o Programa de Ação e a Declaração de Viena, explanado com o trecho anterior, permite concluir pela conquista da humanização das mulheres, que passaram a existir, ao menos na teoria, como sujeitos de direito internacional. Substantial, portanto, o impulso para a causa, principalmente perante as instabilidades da época, de que as mulheres existem não só em relação aos homens ou à família e suas comunidades, mas que existem como sujeitos próprios, autônomos e depositários de dignidade, em igualdade. O acesso e a participação na vida pública em igualdade com os homens, contudo, foram e ainda têm sido

um dos maiores obstáculos enfrentados pelas mulheres, que, mesmo após a instituição de novos modos de governo, mantiveram seus papéis de subordinação e de responsabilidade para com os outros.

3 O TRABALHO DOMÉSTICO NATURALIZADO E AS TRABALHADORAS MIGRANTES

Os traços de personalidade adquiridos pelas mulheres ao longo de todo o processo de socialização fazem com que todas acreditem, pelo menos em um primeiro momento, que não são capazes, pois foram ensinadas que a razão não lhes pertence, condicionando-as, via de regra, a não terem confiança em si mesmas, fato que as impede de lutar vigorosamente para mudar a sua condição de inferioridade (SAFFIOTI, 2015, p. 51). Então, qualificadas como vítimas e sofredoras, em seu destino de mulher, só são merecedoras de aplausos por parte da sociedade se aceitarem a condição predestinada, se estiverem de acordo com o padrão de ser mulher, o que varia de acordo com o contexto histórico, todavia perpetuam-se os seus silenciamentos. Em consequência, a cartilha da ideologia dominante faz entender que aquelas que não seguem tais padrões devem ser tidas como desonradas pelos seus comportamentos, e, por isso, merecedoras de repressão. São várias as formas existentes e utilizadas para a repressão das mulheres, uma delas expressa-se drasticamente em índices de violência doméstica contra a mulher, física e psicológica.

Paralelamente, as mulheres aprendem a inibir qualquer tendência agressiva, uma vez que os padrões sociais lhes imputam as características de docilidade e passividade, contudo importante citar a sinalização da feminista Saffioti, ao destacar que as mulheres desempenham seus papéis imbuídos da ideologia que dá cobertura ao patriarcado, com maior ou menor frequência e com mais ou menos rudeza, cumprem as funções do patriarca, disciplinando crianças e adolescentes, filhos ou não, segundo a lei do pai. Ainda que não sejam cúmplices desse sistema, colaboram para alimentá-lo, sendo também vítimas dele. Assim, a ideologia patriarcal tem a pretensão de condicionar ambos os sexos em papéis predeterminados e excludentes, independentemente das particularidades de cada ser humano (SAFFIOTI, 1987, p. 37-38).

Acentua-se que é nessas fissuras que ocorre a naturalização do espaço doméstico, do amor e do cuidado impostos ao corpo dócil, destinado ao prazer do outro; e da profundidade das fissuras estão dependentes as mulheres, que vivem de forma mais ou menos difícil, mas sempre com a responsabilidade última pela casa e pelos filhos. Nesse contexto, Lagarde (2005, p. 36) destaca as formas particulares em que ocorre o fenômeno de subordinação, pois diante de cada ciclo vital agem com suas normas, suas instituições, seus modos de vida e suas culturas, clausuras. A feminista, sensível para títulos, chamou de cativo o que entende como uma categoria construída nas sínteses dos fatos culturais, que definem o estado das mulheres no mundo patriarcal, que as torna presas na imposição mórbida de que a subordinação é um dever feminino, adaptando-as a vidas estereotipadas e sem alternativas. Ocorre que, não surpreendentemente, nem tudo é dor dentro do cativo – ao contrário, elas adquiriram texturas de felicidade, enunciadas na língua patriarcal como entrega e lealdade, predefinindo seu futuro.

Então, percebe-se que apesar de o reconhecimento das mulheres como sujeitos de direito ser um marco do movimento feminista, as mulheres, em geral, recebem tratamento de

não sujeito, inclusive por mulheres (SAFFIOTI, 2005, p. 172). Especificamente na questão da classe, por exemplo, vê-se que a opressão das mulheres burguesas, responsáveis pela organização e administração do trabalho doméstico, é diferente da opressão das mulheres assalariadas, posto que a primeira conta com uma equipe de empregados e com meios para levar a cabo suas funções materno-conjugais; já a segunda, não só não tem meios suficientes, mas ela mesma realiza todas as funções domésticas para além do trabalho assalariado que realiza ao retornar ao lar e à família. Mesmo sendo proprietárias e inclusive exploradoras diretamente, todavia, as burguesas não se safam de viverem subordinadas e dependentes, elas são discriminadas nas relações familiares e sociais pelo único fato de serem mulheres, de maneira similar, e talvez menos dolorida, às assalariadas, que além da exploração de classe estão submetidas à mesma opressão pela condição de ser mulher (LAGARDE, 2005, p. 109).

Considera-se, assim, que a sexualidade é linguagem, símbolo e mito, é espaço de sanção, tabu, obrigatoriedade e transgressão, estando presente a sua divisão em qualquer espaço de poder, como a sociedade e o Estado, ligados ao controle, ao ordenamento e sanções quanto à sexualidade, estruturada socialmente para reproduzir uma cultura sintetizada e organizada pelos privilégios patriarcais (do homem) ao acesso a bens reais e simbólicos, principalmente relacionados ao trabalho e a outras atividades criativas. O controle da sexualidade exercido pelo poder patriarcal, portanto, visa à manutenção da ordem econômica, pois o fato de manter a mulher no espaço privado e, ao mesmo tempo, encantada por cumprir papéis sociais estereotipados, reconhece nelas a ideia de que necessitam ser protegidas, haja vista que são responsáveis pela existência humana e, então, dependentes de ações materiais e simbólicas realizadas por homens.

À mulher é atribuído o espaço doméstico como natural ao sexo, de modo que, no seio da família, pode-se observar a dominação masculina em praticamente todos os atos, inclusive quando a mulher exerce trabalho em troca de salário fora do ambiente da casa, pois não deixará de ser incumbido a ela o trabalho doméstico quando retornar ao lar. Os afazeres domésticos são considerados “coisas de mulher”, e os homens raramente se dispõem, ao menos, a colaborar e tornar a vida delas menos dura. Nas palavras de Saffioti, o homem “não raro, ainda se faz servir, julgando-se no direito de estrilar se o jantar não sai a seu gosto ou se sua mulher não chega a tempo, trazendo-lhe os chinelos” (SAFFIOTI, 1987, p. 50). Como referido, no entanto, todas as mulheres, seja a que trabalha em troca de salário ou não, são socialmente responsáveis pela manutenção da ordem na residência e pela criação e educação de seus filhos, posto que todas carregam uma identidade básica: a de cuidadora.

O investimento da sociedade em manter esses padrões é alto, e a naturalização desse processo faz com que a mulher se dedique aos afazeres domésticos, haja vista ser próprio da espécie humana elaborar socialmente fenômenos naturais, tornando difícil –senão impossível – separar a natureza daquilo em que ela foi transformada pelos processos socioculturais (SAFFIOTI, 1987, p. 9-10). Assim, é de extrema importância compreender como a naturalização dos processos socioculturais de discriminação contra a mulher e outras categorias sociais constitui o caminho mais fácil e curto para legitimar a “superioridade” dos homens, assim como a dos brancos, a dos heterossexuais, a dos ricos (SAFFIOTI, 1987, p. 110).

Cabe ressaltar que as opressões emergem a partir de qualquer condição de domínio e exploração, formando estruturas de poder de sexo, raça e classe. Desse modo, não se pode

confundir ou alterar conceitos, pois a exploração é um fenômeno cultural originado economicamente, sendo incorreto atribuir apenas ao capitalismo a causa da situação das mulheres e das explorações sexuais, uma vez que se deve considerar o Estado, a sociedade e a cultura atual não só como capitalistas, mas também patriarcais. Logo, o poder exercido é a essência da subordinação e está presente em todas as relações sociais, bem como na reprodução dos sujeitos sociais, no público e no privado. (PATEMAN, 1996, p. 55). Consta-se, então, que a exploração econômica da mulher se dá conjuntamente ao controle de sua sexualidade, o que se observa também nos códigos que limitaram as mulheres e as tutelaram como pertencentes ao homem, inclusive nos Estados americanos, antes – e infelizmente, de algumas formas até hoje – de as mulheres terem seus direitos reconhecidos como direitos humanos

A opressão manifesta-se em razão do paradigma social e cultural da humanidade, que é androcêntrico e define todas as construções mentais da civilização. Nesse sentido, ensina Bourdieu que a ordem masculina dispensa fundamentações em razão da visão androcêntrica que se impõe como neutra e, assim, dispensa qualquer necessidade de enunciar discursos que visem a sua legitimação. Acrescenta o autor que

a ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão sexual do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservado aos homens, a casa, reservada às mulheres; ou, no próprio lar, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, as atividades do dia, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos (BOURDIEU, 2016, p. 18).

Desse modo, as atribuições de papéis sociais distintos a homens e mulheres, constituídos a partir de dados etnográficos e feitos históricos, permitem a perpetuação de uma assimetria sexual cujo complexo de fenômenos opressivos articula a inferioridade, a discriminação, a dependência e a subordinação das mulheres. Destaca-se, assim, a falácia do androcentrismo, pois a mudança de paradigma não pode ser alcançada simplesmente com o acréscimo de mulheres na formação de teorias e nos espaços públicos, mas apenas com a aceitação de que a humanidade é formada por homens e mulheres igualmente reconhecidos como sujeitos de direitos e de direitos humanos. Nesse caso, deve-se reconhecer a conquista da mulher ao direito de trabalhar fora de casa e ter acesso ao espaço público e, conseqüentemente, às representações de poder, o que orientou significativas mudanças.

Parte-se, no entanto, do fato de que as mulheres são historicamente responsáveis pelas tarefas reprodutivas, tendo o feminismo, em 1960, iniciado uma crítica radical às estruturas sociais, principalmente em relação à divisão sexual do trabalho, que destina a elas as tarefas socialmente desvalorizadas e não pagas, o que gera o ocultamento das mulheres no sistema de exploração-opressão patriarcal-capitalista. Logo, a divisão do trabalho coincide com a divisão sexual entre as esferas pública e privada, estando a primeira destinada aos homens e a segunda às mulheres, que mesmo que tenham passado a transitar entre as duas esferas seguem com limitações, pois são consideradas pelo sistema como não produtivas, ou seja, não estão implicadas na produção do capital (FEDERICI, 2017, p. 45).

Silvia Federici (2017), nesse sentido, tem afirmado que o trabalho doméstico, mesmo não considerado central, é um dos pilares da organização patriarcal-capitalista, haja vista que o patriarcado não é transmitido automaticamente, nem de forma natural e automática. Ensina que as investigações históricas demonstram que o desenvolvimento do capitalismo foi como a contrarrevolução em um momento de crise do feudalismo, tendo o capitalismo dado uma nova fundação às relações patriarcais, agora com raízes materiais. Logo, todos os sistemas sociais que exploram o trabalho humano exploram as mulheres, particularmente por serem elas responsáveis também por produzir os trabalhadores o que, imediatamente, faz surgir o estímulo de controle do corpo das mulheres, corpo gerador de riqueza (FEDERICI, 2017, p. 219). Neste sistema, o Estado e o capital ao controlarem o corpo das mulheres também se apropriam de seu salário, o que mobiliza uma grande quantidade de trabalho não pago (doméstico), possibilitando, então, o acúmulo de capital às famílias por intermédio da toma do salário delas.

Defende-se, então, que o sistema confunde, não por acaso, o amor como um serviço pessoal, naturalizado como feminino e expressado no matrimônio como sinônimo de felicidade. O trabalho definido como tarefa, como serviço de cuidado e do lar, fortaleceu a família como “a instituição mais importante para a apropriação e ocultamento do trabalho das mulheres”, o que perpetuou a submissão da mulher por muito tempo e se permitiu construir um novo modelo de feminilidade: passiva (FEDERICI, 2017, p. 174). Então a mulher, incorporada à atividade econômica, e como sujeito individual do Direito do Trabalho, pautado nos deveres da ONU em garantir a participação das mulheres na sociedade em condições de igualdade e na proibição de discriminações ou, dito de outra forma, na igualdade de trato, faz surgir disposições relativas a tais proibições e fundamentadas dos convênios da Organização Internacional do Trabalho, e que tais reações das política postas em prática para tanto devem ser expressas estaticamente com o intuito de combater a invisibilidade das mulheres (SARDEGNA, 2001, p. 61-62).

A incorporação das mulheres no mercado de trabalho, especialmente desde a década de 50 do século 20, reflete a necessidade de as mulheres contribuírem para além do trabalho no lar, bem como reflete sua maior participação política e social. Nesse viés, Sardegnna (2001, p. 61-62) observa que o aumento da participação feminina produz uma mudança no comportamento laboral das mulheres, que passam a apresentar níveis maiores de instrução que antes, contudo, além da reprodução da segregação ocupacional, os índices de desemprego continuam sendo majoritariamente femininos, o que passa a demonstrar a perpetuação das discriminações, pois fora definido na Cedaw que toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que limite o reconhecimento, gozo ou execução pela mulher é uma prática discriminatória (FEDERICI, 2017, p. 75).

Somam-se nesse contexto os Convênios da OIT que mencionaram e impulsionaram o reconhecimento dos direitos das mulheres ante as disparidades das legislações internas. Entre eles destacam-se o Convênio 100 de 1951 e o 111 de 1958 que tratam, respectivamente, da igualdade de remuneração e discriminação no emprego e na ocupação, destacando-se que ambos foram ratificados pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Nota-se que as mulheres já estavam inseridas nos debates antes de 1993, construindo suas lutas e movimentos sociais destinados ao reconhecimento de seus direitos. Imprescindí-

vel, no entanto, a compreensão sobre a contratação de trabalho de estrangeiros, especificamente de mulheres, uma vez que a mão de obra migrante passa de uma peça presente nas demandas insatisfeitas de determinada sociedade para um subproduto de um mundo cada vez mais globalizado, que requer dos governos, atualmente, a tomada de consciência dos direitos das mulheres e das pessoas migrantes e, logo, a tomada de consciência da necessidade de desenvolvimento de políticas migratórias abertas que não consideram o migrante como potencial delinquente (FEDERICI, 2017, p. 97).

Desde a década de 70 os investigadores passam a definir que a participação das mulheres nas migrações internacionais é cada vez maior, destacando-se que hoje correspondem a mais da metade da população migrante, objeto do fenômeno da feminização das migrações. Na América Latina, em relação aos postos de trabalho, tem-se que o setor de serviços é a principal fonte de emprego para as mulheres, que se orienta especialmente ao serviço doméstico, e em menor medida no cuidado de doentes e em serviços informais. Ademais, as mulheres operárias da indústria têxtil são contratadas informalmente e em condições de precariedade,⁵ no entanto a imensa maioria das trabalhadoras migrantes supre a demanda dos trabalhos domésticos, que compõem uma rede global de serviços de cuidado através de fronteiras, baseados no trabalho remunerado e não remunerado de cuidado (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p. 31).

Na Argentina, tanto as migrantes internas como as externas que se destinam aos grandes núcleos urbanos estão relacionadas aos setores do trabalho doméstico, sendo que, tradicionalmente, em 1960 eram as mulheres paraguaias que satisfaziam tais setores e, com mais ênfase, na região metropolitana de Buenos Aires. Já nas décadas de 80 e 90 do mesmo século, as bolivianas e as peruanas começaram a se fazer presentes no serviço doméstico, pois a Argentina até então havia se tornado atrativa para as migrantes em razão da estabilidade econômica e conversão monetária. As desvantagens para as mulheres incumbidas ao serviço doméstico são muitas, mas a principal encontra-se no sentido de que a função não capacita como posto de trabalho, inclusive limita a inserção das mulheres em setores educacionais, dado que demanda horas e horas de trabalho, abuso e instabilidade mediante as formas precárias de contratação (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p. 32).

Ademais, merece destaque que as pessoas migrantes, em sua imensa maioria, não são pessoas desempregadas em seus países de origem, obviamente que podem estar enfrentando incertezas e instabilidade, mas não carregam nenhuma improbabilidade de inserção no mercado de trabalho, inclusive porque aqueles que não possuem chances e espaços de trabalho dificilmente logram somar recursos para sustentar uma migração. No caso das mulheres, a motivação da migração não tem se demonstrado apenas o fator do bem-estar econômico, mas interferem as históricas pessoais, a composição do ambiente familiar e suas estratégias de sobrevivência dentro dele e, enfaticamente, a constatação de que mulheres poderão ficar responsáveis pelo espaço doméstico em sua ausência, ou seja, a migração feminina implica uma forte negociação e avaliação das vantagens e desvantagens postas à unidade doméstica de origem (LIPSZYC; ZURUTUZA, 2011, p. 35-36).

⁵ OIT. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Informe IV. 92ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, junio de 2004.

Assim, imprescindível o questionamento acerca de ser ou não a migração o resultado para as mulheres latino-americanas, de fato, um caminho de desprendimento e libertação do modelo patriarcal, visto que se pretenderia uma diminuição da efetividade dos sistemas de controle social e cultural de seus países de origem. Nesse sentido, constatam-se posturas distintas: a primeira delas fundamenta que tanto as mulheres encarregadas de receber as remessas de dinheiro como as que migram para tal fim adquirem certa autonomia; já a segunda ressalta que por estarem encarregadas dos serviços domésticos não logram autonomia, pois o fato influencia em questões de autoestima (LIPSYC; ZURUTUZA, 2011, p. 47).

De acordo com os dados do Equador, a saída dos homens pode dar às mulheres certa autonomia, mas na grande maioria o sentimento causado é de abandono, momento em que passa a enfrentar uma série de conflitos. Assim, a suposta autonomia é relativizada, uma vez que as remessas de dinheiro enviada para as mulheres “deixadas” na origem não garante sua capacidade decisória, que fica a cargo dos parentes do sexo masculino (PEDONE, 2002). Muitas mulheres consideram que o trabalho remunerado de fato permitiu certo poder de decisão e de negociação dentro dos núcleos familiares, no entanto não se pode ocultar que as desigualdades de gênero impulsionadoras de pautas em âmbito global, principalmente em direitos humanos, terminam segmentadas por intermédio do encobrimento do trabalho doméstico realizado pelas migrantes latinas, o que evidencia que o mercado de trabalho segue destinando a elas funções reprodutivas (LIPSYC; ZURUTUZA, 2011, p. 49).

É necessário, portanto, reconhecer a conquista de direitos e de protagonismo por parte das mulheres, entretanto torna-se mais importante ainda denunciar que por trás dos avanços do movimento feminista e de mulheres, o mercado global está por destinar às migrantes os roles tradicionais (culturas, hábitos, lugares), reproduzindo as formas patriarcais que vinculam as mulheres trabalhadoras migrantes a um permanente destino de pobreza intelectual e econômica. O fato de serem as mulheres migrantes as que realizam os trabalhos de reprodução social culmina por estabelecer uma cadeia de cuidado, repassado de mulheres não tão privilegiadas para as menos privilegiadas ainda. Logo, são as mulheres que assumem os custos do desenvolvimento pessoal de famílias em vários países do mundo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Estados deveriam possuir obrigações comuns e compartilhadas de auxiliar aqueles que por razões sociais, políticas, econômicas, culturais, desejam migrar. Necessita-se de um Direito interno, principalmente dos chamados países receptores, de políticas sociais que possibilitem o acesso destes migrantes aos chamados direitos sociais básicos como: trabalho, saúde, educação, moradia, para que estes consigam viver com dignidade. Faz-se necessária a criação de instrumentos que se dediquem a estabelecer ferramentas para proteção aos direitos humanos fundamentais e o desenvolvimento econômico dos povos que forem de alguma forma atingidos, almejando-se uma sociedade que garanta mais dignidade a estas e às futuras gerações.

Este texto demonstrou que há, em relação à mulher migrante, situações, contextos históricos, sociais e políticos que inserem a sua vida num contexto de opressão, marginalização e dificuldades de inserção no mundo do trabalho. Enfatizou, nesse sentido, a longa e profun-

da história de resistência por parte das mulheres ao patriarcado, do qual são vítimas todas as mulheres, independentemente de raça, cor, condição social.

O texto também analisou o momento histórico em que os direitos das mulheres foram reconhecidos como direitos humanos, ocorrido em 1993 na Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena. Cabe salientar que o precedente se articula com outros movimentos sociais e reconhece que a causa das mulheres é muito mais ampla, impulsionando estratégias urgentes aos papéis sociais-sexuais condicionantes das opressões que silenciam todas e cada mulher.

Procurou-se, por intermédio de estudos feministas, explicitar também sobre migrações no mundo contemporâneo, identificando os padrões de migração ante a feminização crescente, tendo como principal objetivo compreender a relação entre o papel social da mulher e os fatores que estruturam tais padrões atualmente.

Por fim, o principal objetivo do texto foi reforçar a necessidade de reconhecimento das mulheres como seres de pleno direito na legislação internacional e nacional, possibilitando, assim, a compreensão da posição que ocupam no mercado de trabalho no mundo e na América-latina.

5 REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bet Bolso, 2016.
- BRANDINO, Géssica; DELFIM, Rodrigo. *Especial: mulheres migrantes e trabalho digno*. Disponível em: <http://migramundo.com/mulheres-migrantes-e-a-busca-pelo-trabalho-digno>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- CANCIAN, Juliana Raguzzoni. *O contexto da diáspora na construção da identidade cultural: a experiência do personagem José Viana, do romance Sem Nome, de Helder Macedo*. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/cancian-juliana-contexto-da-diaspora.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena. et al. (org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009.
- FACIO, Alda. Viena, 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas. In: LAGARDE, Marcela; VALCARCEL, Amelia. (org.). *Feminismo, género e igualdad*. Madrid: Pensamiento Iberoamericano, 2011.
- FALQUET, Jules. Mujeres, Feminismos y Desarrollo: un análisis crítico de las políticas de las instituciones internacionales. *Revista de Antropología Social Desacatos*, n. 11, p. 13-35, primavera de 2003.
- FEDERICI, Silvia. *Revolución en punto cero*. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013.
- FEDERICI, Silvia. *O caliban e a bruxa*. São Paulo: Elefante, 2017.
- KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, Helena et al. (org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009. p. 67-75.
- LAGARDE, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Coyoacán, Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- LIPSZYC, Cecilia; ZURUTUZA, Cristina (org.). *Caminos de Ilusión: feminización de las migraciones en cuatro países de América Latina*. Buenos Aires: Librería de las Mujeres, 2011.
- MARCONDES, Mariana Mazzini. O cuidado na perspectiva da divisão sexual do trabalho: contribuições para os estudos sobre a feminização do mundo do trabalho. In: YANNOULAS, Silvia Cristina (org.). *Trabalhadoras: análise da feminização das profissões e ocupações*. Brasília: Abaré, 2013.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*. Informe IV. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 92., 2004. Ginebra, junio de 2004.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Informe de la Conferencia Mundial de la ONU para el Decenio de la Mujer. *Igualdad, Desarrollo y Paz*. U.N. doc. A/CONF.94/3, 1980.
- PATEMAN, Carole. *Críticas feministas a la dicotomía público/privado*. Barcelona: Paidós, 1996.

- PEDONE, Claudia. Las representaciones sociales en torno a la inmigración ecuatoriana a España. *In: Revista Icosos*, Quito: Flacso, n. 14, ago. 2002.
- RICO, María N. *Las Mujeres Latinoamericanas en la Migración Internacional*. México: Cepal, 2006.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- SARDEGNA, Paula Costanza. *La trabajadora migrante en el Mercosur*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2001.
- SCHULER, Margaret; THOMAS, Dorothy. *Derechos humanos de las mujeres, paso a paso*. San José, Costa Rica: IIDH, 1999.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *As vozes esquecidas: os diferentes, desiguais e desconectados nas fronteiras do Brasil*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=257deb66f5366aab>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* 1. ed. Trad. Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa e André Pereira. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.
- TRONTO, Joan. Mulheres e cuidados: o que as feministas podem aprender sobre a moralidade a partir disso. *In: JAGGAR, Alison M.; BORDO, Susan R. Gênero, corpo e conhecimento*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.11428>

AS MULHERES E A PRISÃO: Uma Análise do Encarceramento Feminino Ante as Violações de Direitos da Personalidade

Dirceu Pereira Siqueira

Autor correspondente. Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Avenida Guedner, 1610, Jardim Aclimação, Maringá, PR, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. dpsiqueira@uol.com.br

Sabrina Medina Andreoli

Centro Universitário Cesumar (UniCesumar).

RESUMO

Diante de um cenário de invisibilidade, violência e descaso em que estão inseridas as mulheres em situação de cárcere, vem à tona a importância de estudar a temática do encarceramento feminino. O presente trabalho tem como finalidade promover reflexões sobre o sistema prisional feminino brasileiro, no qual se busca evidenciar, por meio da história, as mulheres ante o poder punitivo e seu processo de criminalização e vitimização sob uma perspectiva de gênero. Assim, é de grande importância que a análise da vulnerabilidade das mulheres em situação de cárcere se dê por intermédio de uma epistemologia e criminologia feminista comprometida com as vicissitudes de gêneros necessárias neste ambiente de punição. Verifica-se a indispensabilidade de buscar intervenções que possam melhorar as condições de vida dessa população por meio de criação de políticas públicas específicas. Para tanto, vale-se do raciocínio hipotético-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e documental, descritiva e exploratória para o esclarecimento de elementos legais gerais para definição de conceitos filosóficos e jurídicos, com o intuito de levantamento de hipóteses reflexivas sobre a temática do cárcere brasileiro e seus problemas, especificamente o encarceramento feminino.

Palavras-chave: cárcere brasileiro; encarceramento feminino; epistemologia feminista; mulheres; vulnerabilidade.

WOMEN AND PRISON:

AN ANALYSIS OF FEMALE INCARCERATION IN FRONT OF PERSONALITY RIGHTS VIOLATIONS

ABSTRACT

Faced with a scenario of invisibility, violence and neglect in which women in prison are inserted, the importance of studying the issue of female incarceration is brought up. The present work aims to promote reflections on the Brazilian female prison system, where it seeks to show, through history, women facing the punitive power, its process of criminalization and victimization from a gender perspective. Thus, it is of great importance that the analysis of the vulnerability of women in situations of prison takes place through a feminist epistemology and criminology committed to the vicissitudes of genders necessary in this environment of punishment. There is an indispensability to seek interventions that can improve the living conditions of this population through the implementation of specific public policies. Therefore, it uses hypothetical-deductive reasoning, through bibliographical and documentary, descriptive and exploratory research to clarify general legal elements for the definition of philosophical and legal concepts, in order to raise reflective hypotheses on the theme of prison and its problems, specifically female incarceration.

Keywords: Brazilian prison. Female incarceration. Feminist Epistemology. Women. Vulnerability.

Recebido em: 2/9/2020

Aceito em: 13/5/2021

1 INTRODUÇÃO

Ser mulher parece ser também uma condenação a um “lugar” de inferioridade, menos-prezo e de irracionalidade. Esse é o lugar precípua que a construção social de gênero destina às mulheres. Não é necessário estar em uma prisão para saber disto, mas é na prisão que todos esses estereótipos sobre o feminino afloram como uma ferida purulenta e fétida, sem tratamento, que possa amenizar a dor de ser o que se é: uma mulher criminoso.

O cárcere sempre esteve presente ao longo de toda a história da humanidade, seja com a mesma finalidade ou não. Infelizmente, porém, essa temática ainda permanece periférica nos interesses da Academia e da sociedade em geral; talvez, por puro descuido ou por ser mais cômodo, posto que a prisão em nada se relaciona com nossas vivências do dia a dia. As pessoas que fazem parte dessa dinâmica acabam sendo esquecidas e as violações de direitos sofridas por elas tornam-se invisíveis. Do lado de fora, existe aquele que cobra, fere, abandona, estigmatiza e culpabiliza.

Busca-se trazer à tona essas diversas violações sofridas pelas mulheres encarceradas, dando ênfase àquelas que representam discriminações em razão do gênero. Uma análise de fácil constatação, tendo em vista a presença de diversos problemas e discriminações; problemas presentes desde a precariedade da estrutura física dos estabelecimentos até a desatenção aos cuidados básicos de saúde e pela impossibilidade de convivência sadia e adequada com os filhos. Para levantar essas questões sobre o encarceramento feminino, o presente estudo fará uma análise histórica da pena de prisão e modelos penal-penitenciários. Busca-se trazer a lume, por meio da história, as mulheres ante o poder punitivo e o processo de criminalização e vitimização destas, sob uma perspectiva de gênero por meio da compreensão de como, historicamente, o poder patriarcal e o poder punitivo articularam-se para sua custódia pelo Estado, pela família e na sociedade.

Para isso, será feita uma reconstrução, em termos gerais, da história do feminismo, realizando uma leitura dele como um processo revolucionário. A relevância deste escaneamento do movimento feminista, mediante a apresentação das formas pelas quais as mulheres conseguiram se apropriar de determinados momentos, nem sempre favoráveis, para se levantar contra o pensamento limitador vigente que coibia sua própria existência, é de demonstrar a importância de tal movimento não só para as mulheres, mas para todos os setores da sociedade anterior e atual.

Assim, ao refletir acerca das condições que envolvem o encarceramento feminino e analisar questões atinentes à dignidade da pessoa humana no sistema prisional brasileiro, aplicar-se-á o método científico hipotético-dedutivo a partir da confirmação ou refutação da hipótese inicial, procurando sempre levantar uma discussão fundamentada. Com base na técnica de pesquisa bibliográfica, procura-se explicar o encarceramento feminino, a seletividade penal e a reconstrução da origem das prisões e custódia da mulher ante o poder punitivo, desde referenciais teóricos, revisão de literatura de obras, artigos de periódicos e documentos eletrônicos oficiais.

2 RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO FEMINISMO E A CUSTÓDIA DA MULHER

Definir o termo feminismo não é uma tarefa fácil, apesar de a “origem” do vocábulo ser constatada em meados do século 19. A forma de pensar e agir, a ele associadas, não se restringem a esta parte da história, nem ao espaço geográfico em que foi registrado que, no caso, seria a Europa. Diversos estudiosos sobre a temática identificam o surgimento do feminismo na Inglaterra e na França, no final do século 18 e início do 19, atrelado às ideias de intelectuais, como a inglesa Mary Wollstonecraft (que elabora uma crítica ferrenha do sistema educacional que transmitia aos meninos os conhecimentos acumulados pela cultura ocidental e às meninas os conhecimentos ligados ao manejo do ambiente doméstico) e a francesa Olympe de Gauges (autora da Declaração dos *Direitos da Mulher e da Cidadã*, defensora dos direitos das mulheres na esfera política).

Vale reforçar, porém, que o entendimento das feministas contemporâneas ligadas aos estudos pós-coloniais e ao multiculturalismo têm críticas a esta definição, levam em consideração o fato de existir mulheres em várias partes do mundo e em contextos os mais variados, que lutaram e, ainda lutam, contra as formas de opressão a elas impostas. Assim, o feminismo teria genealogias múltiplas.

A autora Jussara Reis Prá leciona que feminismo se trata de um termo muito flexível, uma vez que compreende todo um processo de transformação (1997, p. 43). Tal processo tem raízes no passado e é ressignificado a cada nova geração de feministas, com seus desafios e contradições. De tal forma, dependendo do ponto de partida teórico, têm-se classificado diversos feminismos, ou melhor, vertentes de feminismos. Nesse sentido, Maria Gabriela Hita (2002, p. 324) ensina que “Existiram no passado e, ainda hoje, diferentes projetos, alguns até mesmo antagônicos, em função de premissas e imagens sustentadas sobre o ser humano, os gêneros e a sociedade em geral”. Isso posto, em decorrência da existência de vários feminismos, com diversas perspectivas e características, pode-se aferir que o feminismo contemporâneo é fruto de inúmeras concepções que estiveram atreladas às demandas e às reivindicações necessárias de cada época.

Pode-se encontrar, então, o feminismo conservadorista, também chamado de feminismo burguês, que se preocupa com as tensões presentes nas relações entre as categorias de sexo derivadas da dominação exercida sobre a mulher, mas não questiona as origens político-culturais dessa desigualdade (SAFFIOTI, 1976, p. 105). Existe também o feminismo liberal; sua luta se dá no plano formal da lei, por acreditar no aperfeiçoamento progressivo dos dispositivos legais como forma de instituir a igualdade de direitos. Outro feminismo é o dogmático-marxista, inspirado nas obras de Marx e, sobretudo, Engels, quando todos os fenômenos sociais podem ser interpretados como lutas de classes e o problema da mulher seria parte dos problemas sociais gerais.

O feminismo radical, no entanto, trabalha com a ideia de patriarcado, um sistema de dominação dos homens sobre as mulheres em todas as esferas da sociedade. A família é vista como o local por excelência de uma psicologia do poder, servindo de base para hierarquizações e subjugações em todos os campos do social. Por fim, a socialista, baseado na dialética marxista “enquanto método que exige a formulação de novos conceitos adequados à análise de novas realidades, ou a reformulação de categorias conceituais inadequadas para uma

análise conjunta dos dois fenômenos em pauta – classes sociais e categoria de sexo – e suas inter-relações” (SAFFIOTI, 1987, p. 113-114).

Algumas autoras acrescentam, ainda, o feminismo anarquista, que é contrário a todas as formas de hierarquia e à delegação de poderes; luta por “uma sociedade sem padrões, autoridades, religiões e preconceitos, onde as relações amorosas e sexuais seriam livres” (FERREIRA, 1996, p. 164); o feminismo, chamado de eco feminismo, é um termo originalmente usado pela francesa Françoise d’Eaubonne (1974) para se referir à luta ecológica/ambientalista aliada ao feminismo. Esse movimento busca o fim de todas as formas de opressão, incluindo a opressão ser humano-natureza, buscando um convívio sem dominante e dominado, em que há complementação e nunca exploração. Tem ainda algumas teorias que evidenciam o feminismo existencialista, que é o pautado nas ideias de Simone de Beauvoir e o feminismo da diferença, que parte do pressuposto de que as diferenças entre homens e mulheres não são o problema, mas a polarização e a hierarquização dessas diferenças por parte de quem as define.

O feminismo pode ser considerado, genericamente, uma teoria política e uma prática social que tem por objetivo compreender a origem da opressão das mulheres para, assim, pretender superar a condição de inferioridade que lhes foi imposta ao longo da história (PINTO, 2010, p. 15). A participação do movimento feminista em reivindicações, como a igualdade formal e econômica, a liberdade reprodutiva e sexual e o direito à diversidade sexual, racial e étnica, refletiu diretamente na elaboração de normas de proteção aos direitos humanos. Para Piovesan (2012, p. 7), essas reivindicações foram incorporadas pelos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e, ao se realizar um balanço das últimas décadas, constata-se que o movimento internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres teve como foco três conteúdos centrais, que seriam: a discriminação da mulher, a violência contra a mulher e os direitos sexuais e reprodutivos.

A contribuição dos tratados internacionais de proteção a direitos humanos auxilia de forma expressiva na promoção das liberdades e no acesso às condições igualitárias de desenvolvimento social. De acordo com Amartya Sen, o desenvolvimento de muitos países está correlatamente ligado ao ganho de poder das mulheres, que transparece em fatores como a educação, seu padrão de propriedade, as oportunidades de emprego às quais elas têm acesso e o funcionamento do mercado de trabalho (2000, p. 235-236).

O pensamento feminista é de grande complexidade e de natureza fluida e interconectada (BRYSON, 2003, p. 2). Assim, o feminismo nada mais é do que a manifestação de propagação de igualdade, uma luta pelos direitos das mulheres por serem reconhecidas como sujeito de respeito, valor e dignidade. O termo feminismo foi cunhado, no ocidente, somente na segunda metade do século 19. O caminho percorrido para se chegar a fundar uma teoria feminista foi longo, decorrente de uma série de experiências históricas fundamentais para a constituição da primeira e da segunda onda do feminismo¹.

¹ É comum entender o feminismo como ondas, e recebem tal denominação por serem marcadores de época e terem características próprias. Vale mencionar, porém, que há ausência de um consenso em relação a esses marcos, aqui mantidos para efeito didático.

Por mais paradoxal que pareça à primeira vista, pode-se observar uma receptividade e uma abertura muito interessantes para as mulheres na primeira fase do Cristianismo, apesar de a matéria religiosa estar sempre em primeiro plano (LEGATES, 2001, p. 27). No século 3º o Cristianismo instituiu a castidade tanto para homens quanto para mulheres, e, apesar de essa condição ser aparentemente repressiva, as mulheres conseguiram beneficiar-se do pensamento cristão, buscando outras perspectivas para sua vida.

Esse período histórico era composto de baixa densidade demográfica, e a reprodução era uma necessidade fundamental na comunidade. A título de informação, LeGates aduz que, no fim do mundo romano, para que a população pudesse ser mantida, cada mulher deveria ter cerca de, pelo menos, cinco filhos (2001, p. 28). Assim, a maternidade parecia ser o destino de qualquer mulher, e muitas começaram a se apropriar dessas condições do início do Cristianismo e a divulgar a castidade para se insurgirem contra o que, por convenção, se esperava delas dentro da comunidade: o casamento e a maternidade.

Não é difícil imaginar que esse movimento começou a incomodar até mesmo dentro do próprio Cristianismo. Como consequência, essa abertura inicial foi reprimida, e, no século 5º, a estrutura da igreja era praticamente patriarcal. O que importa salientar neste momento é que a Idade Média foi um período em que, indubitavelmente, os homens tiveram o controle das escrituras e do saber. Apesar de as condições serem grandemente desfavoráveis para as mulheres, elas conseguiram elaborar linhas de fuga e construir alternativas às suas realidades. Os mosteiros passaram a ser um espaço interessante de autonomia para as mulheres que conseguissem percebê-lo (LEGATES, 2001, p. 32). A educação nos mosteiros era para ambos os sexos, e, lá, além do conhecimento da Bíblia, aprofundavam-se os estudos de direito canônico e direito civil. Além disso, muitas mulheres presentes nos mosteiros tinham conhecimento de artes, uma vez que esses lugares eram verdadeiros depositários de obras de arte (MENDES, 2017, p. 120).

Vale mencionar, ainda, o poder político e econômico que era viabilizado às mulheres a partir desses lugares. Tradicionalmente, os mosteiros possuíam importantes pedaços de terra, o que os faziam ser, algumas vezes, grandes centros de administração, economia e política. Identifica-se uma oportunidade de tomada de poder das mulheres. Foi um momento histórico em que elas tinham poder para administrar cidades, recolher dinheiro e, em alguns casos, elas chegaram até a administrar comunidades tanto de monges quanto de freiras ao mesmo tempo (LEGATES, 2001, p. 33). No princípio da Idade Média, portanto, mulheres foram parar nos mosteiros, frutos de um processo espontâneo no início do Cristianismo, lugar em que encontraram, de início, as portas abertas. Muitas apropriaram-se da religião para ter alguma espécie de autonomia, e, por mais contraditório que pareça, conseguiram se beneficiar dos modelos femininos instituídos na época.

Com a baixa Idade Média, porém, os mosteiros, que antes eram espaços de formação intelectual para as mulheres, transformaram-se em verdadeiros cárceres, destinados à correção do que supostamente era considerado uma perversidade própria do sexo, segundo a medicina, a teologia e, até mesmo, o direito das épocas seguintes. Reforça-se o entendimento de Carla Casagrande (1990, p. 99), de que o final da Idade Média é um período paradigmático, quando se inicia um grande projeto destinado a descrever e classificar as mulheres para, en-

fim, custodiá-las de todos os níveis. São diversos textos didáticos e pastorais produzidos nesse período dispostos a amoldar um critério unânime para etiquetar a categoria feminina.

A partir do século 12 e 13, pequenos grupos, com objetivos de renovar a cristandade e regressar aos valores apostólicos, como humildade, castidade e pobreza, pipocaram por toda a Europa (OPTIZ, 1990, p. 425), não sendo indicados e nem admitidos pela Igreja. Muitas mulheres, impulsionadas por esses grupos que percorriam os países, passaram a reunir-se em casas privadas ou cabanas nos arredores das cidades para ter uma vida simples, que lembrava a dos apóstolos de Cristo. Essas mulheres, que não eram controladas, passaram a ser vistas com maus olhos, consideradas prostitutas ou não puras, elevando-se a pressão da opinião pública e dos estamentos laicos contra a maneira de viver destas pessoas (OPTIZ, 1990, p. 425). Somente grupos que estavam instalados em casas fixas e tinham bens acumulados foram reconhecidos pela Igreja; os restantes viviam na mendicância.

Existiam muitas comunidades de mulheres interessadas em teologia até meados do século 13. Vários textos e tratados demonstravam grande conhecimento da Bíblia e novas visões para questões controversas, como o tratado de Marguerite Porète, considerada herege e que morreu queimada na fogueira em 1310 (LEGATES, 2001, p. 45), e os trabalhos de Hildegard de Bingen, Catherine de Siena e Birgitta da Suécia (OPTIZ, 1990, p. 426). Isso tudo provocava a desconfiança de muitos; experimentava-se uma cultura feminina desconhecida até então, por isso considerada perigosa. De acordo com Mendes (2017, p. 122), no século 13, com a entrada desses grupos mendicantes, a pregação encontra a força propulsora que precisava para fazer espalhar uma misoginia de ordem teológica nunca vista antes. Desenvolvia-se uma rede hierarquizada de relações feudais determinada por uma economia monetária e mercantil que, por sua vez, gestava novas culturas e formas de poder e erigia uma nova pedagogia para as mulheres, vistas como indivíduos predestinados ao mal.

Pensamentos de Aristóteles passam a ser revisitados por moralistas e pregadores, neste período da história, para justificar a necessidade de custodiar as mulheres. Para o filósofo, as mulheres eram seres frágeis, irracionais e passionais, incapazes de decidir assuntos públicos e sequer assuntos domésticos de maior complexidade (CASAGRANDE, 1990, p. 121). Os clérigos católicos, em sua maioria, pregavam a legitimidade exclusiva dos homens de falar a palavra de Deus. As mulheres passaram então a serem vistas como coisas e não mais como pessoas, sendo escondidas e vigiadas como um perigo iminente.

Quanto ao discurso jurídico medieval com relação às mulheres, importa realçar que tanto quando puramente canônico quanto influenciado pelo direito romano, sempre se constituiu como um dos pilares fundamentais da custódia feminina. De fato, vale lembrar que, mesmo com as invasões bárbaras e o declínio do Império Romano Ocidental, a influência romana não deixou de existir na Europa e a organização religiosa e administrativa se preservou (MARTINS, 2011, p. 210). Com o desenvolvimento do feudalismo nos séculos 10º, 11 e 12, o direito ficou adstrito às regulamentações muito particulares, estabelecidas entre senhores e servos e, nesse período, é o direito canônico que se mantém como direito escrito e universal. Ressurge o direito romano no final do século 12 e início do 13, a partir da retomada do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (MARTINS, 2011, p. 211).

Um dos juristas da época que se destacou foi André Tiraqueau (1488-1558). Suas sentenças eram, para as mulheres, um catálogo de interdições de todas as formas (MENDES,

2017, p. 137), que as proibia de ensinar e de falar a palavra de Deus; era um verdadeiro reflexo da ordem vigente. As divergências entre os juristas eram somente quanto aos fundamentos da pena que ia ser aplicada às mulheres. Em sua maioria, eram reprodutores dos discursos da época, em que mulheres eram vistas como impetuosas, frágeis, inconstantes e, por isso, não poderiam, de modo algum, ser juízas. Além disso, deviam respeito e obediência ao homem, por isso estavam juridicamente sob o poder do marido.

Com o descrito anteriormente, percebe-se a relevância de analisar as experiências históricas das mulheres no período medieval, o que leva à constatação da presença de uma herança medieval referente ao projeto de custódia que fortaleceu institucional e subterraneamente a existência de cárceres e a afirmação de que o gênero feminino constituiria um grupo perigoso. De acordo com Mendes, durante o período inquisitorial houve uma coordenação dos diversos ramos dos saberes (o teológico, o jurídico e o médico), e isso resultou em um discurso forte do poder punitivo em relação às mulheres, formando “[...] uma narrativa tão eloquente que durante muito tempo nada a pode suplantar” (MENDES, 2018). Assim, a ideologia em relação às mulheres sempre foi a de custodiar, de reprimir, de vigiar e encarcerar; isso tudo mediante mecanismos de exercício de poder tanto do Estado quanto da sociedade e da família.

Um outro ponto de análise sobre os movimentos e experiências históricas preparatórias das primeiras “ondas” do feminismo no ocidente ocorre em meio ao movimento filosófico do Iluminismo e da Revolução Liberal, ou seja, séculos 17 e 18, apresentando, como base de pensamento, a premissa de que todos os seres humanos nascem livres e iguais, consequentemente com iguais direitos e deveres (ROUSSEAU, 1981, p. 192); isto é, a reivindicação do contrato social era a igualdade e a liberdade, consideradas inerentes a qualquer indivíduo. A liberdade e igualdade propagadas neste período, todavia, não se estendia às mulheres. Os iluministas carregavam as tradições liberais e reforçavam a dicotomia entre o feminino e o masculino inculcada na sociedade como algo comum e passivo por todos, tendo em vista a herança trazida dos períodos históricos anteriores, ou seja, a mulher é um ser não dotado de razão e que atuava no espaço privado de forma limitada.

Os pensadores de destaque da área das ciências sociais, que justificaram a desigualdade mencionada, foram Locke (1632-1704) e Rousseau (1712-1778). É nesse momento que se prega a distinção entre sociedade política e sociedade conjugal-familiar, sendo atribuída a ideia de igualdade para a primeira e manutenção da tradição absolutista e patriarcal para a segunda, postulando pela sujeição natural da mulher ao homem. Ou seja, o contratualismo seria, por excelência, um mecanismo de controle social já dentro da atuação do poder constituído, uma forma de criar relações de subordinação e não de liberdade.

Desse modo, é notório que tal período da história foi favorável às críticas sociais. Nesse sentido, tentando reverter uma tradição que não era favorável às mulheres, muitas feministas instigaram-se com os ideais contratualistas e decidem utilizá-los, inspiradas em Locke (LEGATES, 2001, p. 121) e, mais tarde, orientando um caminho a partir de Rousseau. Assim, apesar das condições desfavoráveis, muito do que foi pensado nessa época auxiliou também na configuração do feminismo do século 19, quando se iniciam as ondas feministas.

As primeiras feministas ocidentais que apresentaram uma noção de mulher como uma coletividade, um grupo submetido a um aparato de dominação comum, foram as inglesas,

no final do século 17 e início do 18. Destaque especial merece a inglesa Mary Wollstonecraft, que, em 1792, publicou a obra “A vindication of the rights of woman”, contestando bases patriarcais da época ao denunciar a exclusão de direitos inerentes às mulheres bem como o ser social presente no feminino (BICALHO, 2003, p. 38-39).

A produção francesa desse período sobre o tema das desigualdades entre os sexos ficou a cargo de Marie Jeanne Riccoboni (OLIVEIRA, 2007, p. 77). Outra francesa de destaque foi Olympe de Gouges, que, em 1791, escreveu a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, discutindo sobre o papel político feminino. A declaração era composta por 17 artigos (ASSMANN, 2018), vivenciando seu derradeiro combate contra a concepção de direitos universais do cidadão e denunciando a ausência das mulheres e a necessidade de que elas fossem contempladas legalmente.

Enfim, com todo o referencial teórico do período entre os séculos 17 e 18, é que o feminismo surge e se desenvolve com características de movimento de ruptura, contradição existente entre os princípios iluministas de igualdade universal e a exclusão das mulheres do acesso à plena cidadania. É importante mencionar, ainda, que, apesar das dificuldades teóricas ao longo das revoluções dessa época, existiram mulheres que, além de participarem ativamente dos processos revolucionários, também souberam se apropriar do tempo para apontar as singularidades dos mecanismos de poder aos quais estavam submetidas, como uma forma de poder constituinte (OLIVEIRA, 2007, p. 80).

Com a chegada do século 19 a formação do feminismo foi se intensificando de uma forma mais radical, tanto na teoria quanto no movimento. Então, a chamada primeira “onda” do feminismo se deu no transcorrer desse século, quando as mulheres, inicialmente na Inglaterra, se organizaram para lutar por seus direitos. O primeiro destes direitos que se popularizou foi o voto (PINTO, 2010, p. 15). O movimento sufragista espalhou-se pela Europa e Estados Unidos (o movimento sufragista esteve inicialmente relacionado com o movimento Abolicionista). Procurava-se, então, incluir as mulheres no espaço público, quando sua atuação social se restringia ao mundo privado, doméstico.

O feminismo, pela primeira vez, é visto como movimento social de identidade autônoma teórica e organizativa, ocupando espaço de relevância nas discussões de caráter igualitário. As expectativas levantadas pela modernidade se contrastavam com a desigualdade social existente, e essas contradições foram essenciais para o desenvolvimento dos movimentos sociais e das teorias emancipatórias. Alguns destaques de pensadoras feministas, neste primeiro momento, são Flora Tristán (com a obra *Promenades dans Londres*) e Harriet Taylor (MERTON, 1970), que comungava das mesmas ideias de Mill, ou seja, participação no mercado de trabalho na sociedade capitalista e direito à propriedade dentro de uma sociedade democrática. Os discursos giravam em torno do direito das mulheres à educação, ao trabalho, e, ainda, questionavam-se as instituições políticas, a família e a própria sociedade (RUETHER, 1993, p. 180). Outros nomes de grande relevância foram das feministas Alexandra Kollontai e Virginia Woolf, que mantiveram o foco no direito ao voto feminino.

A primeira “onda”, ou fase do feminismo, foi constituída de diversos movimentos sociais que ora se aproximavam ora se colidiam, de acordo com as condições específicas de cada local. Essa fase inicial restringiu-se, basicamente, à luta pelo voto das mulheres, não conseguindo conjugar de forma eficiente forças com as lutas referentes à classe e à raça. A segunda

“onda” do feminismo tem como marco a década de 60 do século 20, e ganha destaque nos Estados Unidos e Europa. Foi uma fase marcada pelo espaço aberto que a mídia proporcionou à luta das mulheres que, inicialmente, além de manter pautas dos feminismos anteriores, tinha um caráter de libertação sexual e lutava pelo reconhecimento dos direitos reprodutivos, como os direitos à contracepção e ao aborto (ALVES, 2007, p. 52). Uma obra de grande influência nesse período e até hoje é *O segundo sexo*, de Simone de Beauvoir, e é nela que a autora estabelece uma das máximas do feminismo: “não se nasce mulher, se torna mulher” (PINTO, 2010, p. 16).

Nesse ínterim, as primeiras manifestações do feminismo desse período buscavam tanto a recuperação do poder de procriação quanto a obtenção de uma nova liberdade sexual. É a partir da década de 60 do século 20 que se caracteriza uma intensa luta contra a discriminação racial, pelos direitos de minorias e reivindicações estudantis (ALVES, 2007, p. 58). Amplia-se, dessa forma, o entendimento sobre o universo de possibilidades de formas de exercício de poder para além das estritamente econômicas. O movimento feminista passa a ser um verdadeiro movimento de massa que começa a se formar a partir da década 60, com força política e potencial de transformação social; momento esse de grandes agitações sociopolíticas, como reação às contradições apresentadas pelo sistema, que têm sua legitimação na universalidade de seus princípios, mas que, na vida real, apresenta características sexista, racista e classista.

Assim, surgem, nessa época, até meados dos anos 1980, múltiplos movimentos sociais radicais, como os antirracistas, os movimentos estudantis, pacifistas e, principalmente, o feminista. Entre eles havia um liame que os conectavam: o caráter contrário à ordem cultural estabelecida (RUETHER, 1993, p. 187-189). Feministas importantes desse período trabalhavam em estudos que giravam em torno do patriarcado e política sexual. Entre elas estão Kate Millet (“Política sexual”, 1970, nascendo, assim, a teoria feminista radical), Shulamit Firestone (“A dialética dos sexos”, 1971) e Juliet Mitchell (“A condição da mulher”, 1971 e “Psicanálise e feminismo”, 1974). Insta salientar que ainda neste período se iniciam os estudos sobre gênero, passando o debate feminista a ser delineado com os contornos atualmente estudados.

3 A QUESTÃO CARCERÁRIA NO BRASIL E O APRISIONAMENTO FEMININO

É diante do aumento substancial da população carcerária feminina e do cenário de violações de direitos, que se verifica a real importância de se tratar da temática mulheres em situação de cárcere. Assim, se faz mister, inicialmente, promover reflexões sobre a questão carcerária no Brasil. Os presídios e cadeias públicas afiguram-se como depósitos humanos e palcos das maiores violações aos direitos fundamentais do homem. Na sentença penal não só há o cerceamento da liberdade do cidadão, mas de outros direitos essenciais também. O direito à honra, privacidade, intimidade, liberdade sexual, saúde, educação, assistência jurídica, alimentação e vestuário digno, são os exemplos de direitos violados que parecem invisíveis aos olhos do poder estatal. A ressocialização no sistema prisional vigente é uma verdadeira e grande utopia.

Os relatórios do International Center for Prison Studies (ICPS) alertam há anos sobre o assustador aumento da população em situação de cárcere. Um relatório publicado em 2018, *World Prison Population List*, pelo Institute for Criminal Policy Research (ICPR) expõe que mais de 10,74 milhões de pessoas estão presas por todo o mundo, tanto de maneira preventiva

quanto já condenadas. O número pode ser ainda maior, pois falta contabilizar os presos de algumas jurisdições que não estão plenamente reconhecidas internacionalmente. De acordo com o relatório:

Desde o ano 2000, a população prisional mundial total cresceu quase 24%, um pouco maior do que o aumento estimado da população geral do mundo durante o mesmo período. Há diferenças consideráveis entre os continentes, com variações dentro deles. A população presa na Oceania aumentou em quase 86%, e nas Américas em 41%; na Ásia em 38% e na África em 29%, na Europa, por outro lado, a população carcerária total diminuiu em 22%. O número europeu reflete quedas na população prisional na Rússia (45%) e na Europa Central e Oriental; a população carcerária na Europa, exceto a Rússia, aumentou 3%. Aumentos particularmente grandes foram registrados na América do Sul (175%) e no Sudeste Asiático (122%) (CIPR, 2018, p. 2, tradução nossa).

De fato, os números são alarmantes. O fenômeno do encarceramento em massa apresenta diversas consequências que, apoiado no prisma da proteção efetiva dos direitos humanos, aponta para danos graves e tendências político penais perigosas (BEIRAS, 2019, p. 49).

Segundo a reflexão de Elías Carranza (2012), existem duas respostas que podem ser adotadas quando for questionado o motivo do aumento gigantesco da população presa:

Duas respostas clássicas foram dadas à essa pergunta: i) Porque há mais delito. Esta resposta considera as taxas penitenciárias como indicadores de criminalidade; e ii) Porque há políticas que promovem maior uso da justiça penal e da prisão. Esta resposta inclui o resultado de pesquisas que verificam que nem sempre existe correlação entre o aumento das taxas penitenciárias e as taxas de criminalidade, observando-se casos em que a população prisional aumenta paralelamente as taxas de criminalidade planas ou mesmo decrescentes. No caso dos países da América Latina e do Caribe, o ILANUD verificou que (...) as políticas de maior uso e maior severidade da justiça criminal prevalecem na maioria dos países (p. 37).

A contemporânea crise econômica favorece para afigurar os contornos do Estado penal máximo, cujo investimento em políticas penais extremamente punitivistas é alto. Assim, para essa lógica, é mais “viável” apostar nestas políticas penais do que em outras de ordem social, que buscam traçar rotas alternativas à prisão com medidas restaurativas, comunitárias ou médico-assistenciais, as quais, de acordo com Beiras (2019, p. 55), “iniciavam com a manutenção dos infratores na comunidade-sociedade-território e, em última instância, na prisão, e hoje são modelos tão abandonados que parecem desconhecidos para a própria comunidade científica”.

Conforme as reflexões teóricas de Iñaki Rivera Beiras (2019, p. 53-54), as consequências do fenômeno do encarceramento em massa são diversas e causam danos sociais generalizados e difusos. De um lado, a superlotação dos cárceres em colapso coloca em xeque os direitos fundamentais dos indivíduos presos e violações de recomendações e tratados internacionais, como as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU de 1955 e 2015 e a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU de 1984. De outro lado, os danos sofridos citados também refletem em outros grupos de indivíduos. Nas palavras do autor:

Os danos acima mencionados também são projetados em outros grupos de pessoas afetadas, especialmente sobre as famílias e ambientes sociais das pessoas presas, não menos prejudicadas que estas em uma série de questões essenciais de caráter pessoal, afetivo, laboral, econômico, assistencial. E são muito especialmente as mulheres que sofrem em suas vidas cotidianas a ausência de maridos, filhos e pais em privação de liberdade, danos cujo exame requer uma especial perspectiva de gênero em sua consideração. Da mesma forma, os próprios trabalhadores penitenciários (funcionários regimentais, de tratamento, de atenção à saúde e à educação e de gestão administrativa) internalizam e também sofrem os efeitos negativos da segregação prisional em massa, com importantes índices de distúrbios emocionais, psicológicos [...] (BEIRAS, 2019, p. 53-54).

Encarceramento em massa afeta a sociedade como um todo. Há um grande dano social causado gerado por opções punitivas de alto custo econômico, cultural e político-social. Isso decorre porque contribui para maximizar ainda mais a vulnerabilidade de muitos setores sociais. O cárcere segue ocupando posição central no sistema formal de controle, e seus números são muito significativos, revelando a potência crescente de uma política criminal hostil e excludente, marcada, sobretudo, pela seletividade e pela negação de direitos a parcelas mais vulneráveis da população – a juventude negra e pobre – que é a que mais sofre a seletividade genocida das agências punitivas brasileiras (CARVALHO, 2010, p. 143).

Em terras brasileiras a realidade é a mesma. Encarcera-se cada vez mais indivíduos jovens, pobres e com baixa escolaridade. O Brasil é o terceiro país com mais pessoas em situação de cárcere do mundo. São cerca de 726.354 pessoas privadas de liberdade (BRASIL, 2017a), ficando abaixo apenas dos Estados Unidos e China. Há um grande afastamento entre a *mens legis* e a realidade do sistema carcerário nacional, e isso é decorrente da ausência de vontade política por parte do próprio Estado em tutelar uma minoria impopular (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 270). No âmbito constitucional, a dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III, demarca um campo de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, e isso evidencia que a falta de condições materiais mínimas ao homem retira da pessoa o seu desenvolvimento físico e psíquico, gerando muita injustiça.

Além do princípio basilar da dignidade humana, há 32 disposições, só no artigo 5º, destinadas à proteção, direta ou indireta, das garantias da pessoa privada de liberdade. Um agrupamento de normas que revela um compromisso aparente do Estado. No âmbito infraconstitucional, o descompasso entre norma e realidade pode ser facilmente observado ao tomar como parâmetro a Lei de Execuções Penais, que encampa rol extenso de direitos e deveres do preso, objetivando a humanização do cumprimento da pena. Ainda, a situação degradante da prisão brasileira já foi amplamente explorada e está descrita em diversos relatórios de organizações nacionais e internacionais que monitoram as violações de direitos humanos no sistema carcerário, além de estar amplamente estampada em todos os dados oficiais do governo brasileiro, que não deixam dúvidas sobre a insuficiência das políticas públicas voltadas ao cárcere até então desenvolvidas.

Documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário também revitalizam a necessidade de proteger a pessoa encarcerada, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Resolução da ONU e as Regras de Bangkok, que foram aprovadas em 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que é um importante documento internacional, em que são reafirmados direitos humanos

relativos à maternidade, à família, à saúde da mulher, inclusive sexual e reprodutiva, e de seus filhos no cárcere, e a Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, Egito.

Apesar de ser um quadro de previsões constitucionais, infraconstitucionais e documentos internacionais que prevê direitos e regras mínimas de tratamentos de pessoas em situação de cárcere, ainda verifica-se um quadro de violação massiva a direitos fundamentais e a grande falência de políticas públicas envoltas de uma cultura punitiva, em que está inserido o desejo de maior hipertrofia do sistema penal como resposta aos riscos da atualidade.

O Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) será uma ferramenta fundamental e servirá como ponto de partida e base para este estudo. Esse sistema é um programa (software) de coleta de dados do Sistema Penitenciário alimentado pelos próprios Estados, e os dados, consolidados pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, fornecem um retrato sobre a estrutura do sistema penitenciário e um perfil dos presos e presas custodiados pelo Estado².

Os dados trazidos pelo Infopen demonstram que o número de pessoas presas cresceu 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 do século 20 (BRASIL, 2017a). Com relação à população carcerária feminina, o aumento exponencial chega a 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, enquanto na masculina o percentual foi de 293% no mesmo período (BRASIL, 2017b). Reforça-se que, apesar da representação numericamente inferior de mulheres no sistema prisional em relação ao cárcere masculino, o aumento do encarceramento feminino é alarmante. O fato de o número de mulheres presas ser inferior ao número de presos, é utilizado para justificar a secundarização das necessidades específicas e para a quase inexistência política penitenciária que atenda o gênero feminino. Segundo o Infopen, cerca de 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, somente 7% ao público feminino e outros 17% são caracterizados como mistos (BRASIL, 2017b).

As análises do crescente encarceramento das mulheres femininas orientadas por perspectivas de gênero, irão possibilitar uma compreensão por meio de novos pontos de vista sobre a seletividade penal e de quais maneiras operam os mecanismos de controle que encarceram parcela das mulheres e as subordinam às condições de criminosas (CARVALHO; MAYORGA, 2017, p. 102). O sistema penal ainda atua sob a mesma ótica, reproduzindo a concepção seletiva que o orientou desde o século 16, ou seja, existe uma desproporção entre a programação legal do sistema penal (inflação legislativa penal característica da maximização e ampliação sem precedentes do sistema penal) e a capacidade operacional das agências de controle para perseguir e punir os agentes que cometem as condutas definidas como crime e que é muito inferior ao universo de crimes praticados (ZAFFARONI, 1991, p. 26).

Andrade (2003, p. 48) trabalha sobre a seletividade do sistema penal. Segundo a autora, essa seletividade se deve,

² É importante reportar que Ministério da Justiça têm como fundamento as informações prestadas pelos Estados, e isso, eventualmente, pode gerar algumas inconsistências e comprometer as análises que se faça a partir deles, pois não há um padrão ou controle rígido no preenchimento do formulário. Apesar das inconsistências, esse programa permanece sendo uma compilação de dados oficiais existentes disponibilizada pelo Estado.

Em primeiro lugar, à incapacidade estrutural de o sistema penal operacionalizar, através das agências policial e judicial, toda a programação da Lei penal, dada a magnitude da sua abrangência, pois está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%. Por outro lado, se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado provocaria uma catástrofe social. [...] E diante da absurda suposição – absolutamente indesejável – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em toda sua extensão. O que significa que não adianta inflacionar o input do sistema, através da criação de novas leis porque há um limite estrutural ao nível do out pui.

Os dados atuais mostram que a maioria dos detentos do presente sistema penitenciário brasileiro é oriunda da parcela mais vulnerável da população, e a atuação seletiva do sistema de justiça penal ocasiona muitas violações e institui uma forma paradoxal de enfrentar a criminalidade (ANDRECIOLI; SIQUEIRA, 2019, p. 12).

A operacionalização do cárcere, portanto, é extremamente funcional ao selecionar a população que se encontra na margem social. O que se visualiza é um sistema penal que se configura como uma instância do controle social, que nada mais é do que uma contínua seleção e reprodução das relações de desigualdade de produção, em conjunto com outras formas de controle social formal e informal (ÁVILA, 2013, p. 206). A função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema de justiça criminal estão calcadas na seletividade penal. Nas sociedades patriarcais e capitalistas, o que mais evidencia essa seletividade é a própria clientela da prisão, ao revelar que a construção simbólica e instrumental da criminalidade incide estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social (ANDRADE, 2007, p. 81).

Como alude Andrade (2007, p. 89), o sistema de justiça criminal funciona como um mecanismo público integrativo do controle informal dirigido à mulher, reforçando o controle patriarcal, a estrutura e o simbolismo de gênero, ao criminalizar a mulher em algumas situações específicas e, principalmente, por reconduzi-la ao lugar de vítima, ou seja, “mantendo a coisa em seu lugar passivo”. Dessa maneira, compreender o aumento do aprisionamento feminino por intermédio da perspectiva de gênero irá permitir o entendimento sobre os imperativos de seletividade do sistema criminal; sistema esse que obscurece processos histórico-sociais que contribuem para o encarceramento de certa parcela de mulheres.

A compreensão sobre a temática das mulheres em situação de cárcere deve passar pela análise da exclusão das mulheres como sujeito e objeto de conhecimento, em especial nas discussões de cunho criminológico e de política criminal. É importante colocar a produção do saber em questão para que se possa repensar por que determinados fatores se tornam objetos de pesquisa, enquanto outros permanecem em completo silêncio, além de diversificar o olhar sobre fenômenos antes ignorados ou pensados apenas sob a lógica androcêntrica e generalizantes. A existência da relação entre a criação do conhecimento e as formas de poder em determinada sociedade é objeto de diversas reflexões, e a junção do saber e do poder cria discursos e práticas que causam impactos diretos na vida das pessoas (ANDRECIOLI; SIQUEIRA, 2019, p. 15).

As formas de dominação simbólicas e violentas acarretam quadros de opressão e silenciamento, principalmente no que se refere à mulher. De acordo com Bourdieu (2012, p. 45), os privilégios do masculino e a consequente submissão do feminino não se sustentam apenas

pela violência física, mas, muito antes, pela violência simbólica repassada pelas vias do conhecimento e da comunicação, que é absorvida tanto pelos algozes quanto pelas vítimas.

O sociólogo francês Bourdieu leciona que a violência simbólica representa uma forma de violência invisível que se impõe numa relação do tipo subjugação-submissão, cujo reconhecimento e cumplicidade fazem dela uma violência silenciosa que se manifesta sutilmente nas relações sociais e resulta de uma dominação, sendo muito difícil escapar desta dominação simbólica; o dominado é cúmplice, dado o estado natural em que a realidade se apresenta (BOURDIEU, 2012, p. 7-8).

Assim, o pensamento feminista introduziu uma ética que se distingue da tradicionalmente estabelecida na ciência moderna. Essa ética feminista constitui-se a partir de seres humanos reais em condições de dominação e subordinação. Desse modo, “Essa ética traz o questionamento e uma tomada de consciência em torno da especificidade da mulher, de sua condição de exploração, de discriminação, de alienação, de exclusão, etc. Elementos esses que constituem e possibilitam um saber inovador” (BANDEIRA; SIQUEIRA, 1997, p. 270).

A epistemologia feminista considera as teorias dominantes “unidimensionais e profundamente falhas, em razão da exclusão e da representação incorreta das contribuições das mulheres”, e um aspecto importante de seu programa tem sido “minar a imagem abstrata, racionalista e universal da teoria científica” (NARAYAN, 1997, p. 277). A autora adverte, ainda, que a epistemologia feminista sugere uma integração das mulheres à produção da ciência e do conhecimento, com uma maior participação das mulheres e uma mudança na própria natureza dessas atividades e sua autocompreensão. Talvez possa ser estranho aos ouvidos tratar de temas de justiça criminal e encarceramento sob perspectiva feminista; afinal de contas, normalmente se tem um ideário de que o feminismo trata somente daquelas reivindicações dos movimentos sociais. Na verdade, porém, a perspectiva feminista deve ser encarada como uma perspectiva teórica, e o feminismo também é uma teoria crítica que busca apontar as lacunas que existem nos estudos realizados nas mais diversas áreas, que acabam deixando de considerar aspectos fundamentais que dizem respeito às mulheres.

Ora, nesse sentido, a perspectiva feminista de produção de conhecimento parte das experiências concretas das mulheres. Todas as mulheres têm experiências em relação a tudo na vida, como a questão da maternidade, quanto ao mercado de trabalho, dentro da academia e como atrizes do sistema de justiça criminal. Essas experiências devem ser levadas em consideração nos estudos epistemológicos e criminológicos.

É interessante trazer a ideia da obra “Um teto todo seu”, de Virginia Woolf (1985), que, no século 20, já apresentava reflexões sobre as dificuldades que as mulheres encaravam no seu tempo como escritoras e produtoras do conhecimento. A obra de Woolf foi lançada em 1929 e é oriunda de reflexões de uma série de palestras proferidas pela autora nas faculdades em que as mulheres podiam estudar. Nessas palestras, Woolf levantava um questionamento importante para as estudantes: O que é que falta para as mulheres para que haja o reconhecimento e que tenham as mesmas condições dos homens escritores? Woolf (1985) considerava que o que faltava eram recursos e investimentos financeiros nas mulheres. Com isso, ela identifica a inexistência, seja física, econômica ou social, de um espaço para as mulheres, de um lugar em que elas pudessem, com liberdade e tranquilidade, livre das amarras que são impostas até hoje, escrever e produzir conhecimento.

Assim, para a autora, justamente por ser mulher, não se encontra reconhecimento na literatura tal qual existe para os homens. O que Woolf retrata é ainda uma realidade no âmbito das ciências criminais. O feminismo, portanto, foi essencial para apontar a possibilidade de criação de novos discursos e de novas realidades para as mulheres que, antes, eram relegadas a um cenário secundário, e fez emergir outro sujeito coletivo monumental, criando uma nova narrativa, ressignificando a relação entre a narrativa promovida pelo saber masculino onipresente e o silêncio histórico feminino. O feminismo mostra-se como uma nova área em diversos campos do conhecimento, especialmente na criminologia, que possuía, até então, seu universo centrado no masculino (ANDRADE, 2012, p. 127).

É importante mencionar que uma das grandes contribuições dos estudos de gênero e do feminismo foi a introdução de um modo diferente de fazer ciência, na qual a experiência e a posição do sujeito em seu contexto se constituem como elementos significativos. Como leciona com Machado (2013, p. 125), os estudos de gênero e as indagações sobre as epistemologias feministas instituíram um estilo que deu maior espaço à reflexão sobre a subjetividade do/a autor/a e, também, da construção das subjetividades dos sujeitos sociais.

O gênero é uma ferramenta conceitual que permite compreender como se produzem, em nossa sociedade, as relações de exploração, de dominação e de violência, bem como as hierarquias desiguais de gênero. Conforme Machado (2015, p. 355) aduz, gênero, como categoria analítica abordada nos estudos feministas, tem a funcionalidade de iluminar as diferentes posições ocupadas por homens e mulheres, destacando o modo como as diferenças construídas socialmente resultam em critérios de distribuição de poder e das relações de subordinação.

Impactos concretos em diversos setores que a população feminina ocupa são gerados a partir da exclusão das mulheres do ponto de vista da criação do saber. O espaço prisional feminino é um exemplo dos impactos que essa exclusão ocasiona; isso impossibilita a formulação de soluções coerentes para os problemas que vêm sendo postos, como a questão da maternidade no cárcere, direitos sexuais e diversas outras violações recorrentes nesse ambiente. Com o aumento alarmante da população carcerária feminina, resta evidente a necessidade da reflexão sobre as causas e consequências de maneira que se valorize e se exponham as vicissitudes de gênero envolvidas.

Ainda é restrita a aplicação do conhecimento acumulado da Criminologia Feminista em busca da compreensão dos fenômenos relacionados ao encarceramento feminino e na minimização dos fatores que nos levam a essa realidade. Além do mais, muitas pesquisas na área criminológica feminista pecam ao não aplicarem uma epistemologia condizente e utilizarem chaves de pensamento próprias de um discurso totalizantes que exclui as mulheres. Na atualidade, a omissão de formulações e cuidados referentes às mulheres encarceradas está distante de ser apenas uma questão de peso demográfico. A disparidade marca a própria assimetria que se evidencia no debate impregnado pela lógica da dominação simbólica masculina (CUNHA, 2007, p. 82).

Em uma constatação histórica sobre a temática prisões, observa-se como a reclusão masculina sempre estabeleceu parâmetros dessa discussão. A criminologia nasceu como discurso de homens para homens e, no decorrer temporal, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens, de forma que, no discurso criminológico competente

atual, a mulher surge somente em alguns momentos, como uma variável, jamais como um sujeito (MENDES, 2017, p. 157). A prova de que pouco ou nada dizem os processos de produção do conhecimento no campo das ciências criminais com relação às mulheres como sujeitos de realidades históricas, sociais, econômicas e culturais, é que, desde os tempos antigos até a atualidade, as formulações referentes a mulheres, geralmente, limitam-se a repetir noções religiosas e de senso comum. São poucas as pesquisas que fazem uma análise pormenorizada a respeito das especificidades de mulheres autoras ou vítimas de delitos que não reproduzam preconceitos arraigados do imaginário social (ANDRECIOLI; SIQUEIRA, 2019, p. 17).

Segundo Zaffaroni (1995, p. 23-28), a obra *Malleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras) é um marco criminológico, tendo em vista que foi a primeira vez que se desenvolveu um discurso refinado de criminologia etiológica, direito penal e processual penal. A Inquisição foi uma manifestação orgânica do poder punitivo recém-nascido. A obra Martelo das Feiticeiras foi uma compilação de crenças na alardeada propensão da mulher ao delito, um manual de inquisidores em que se estabelece uma relação direta entre a feiticeira e a mulher, a partir de partes do Antigo Testamento, Antiguidade Clássica e de autores do medievo. Conforme leciona Anitua (2008, p. 57), é a partir desse ideário que o poder punitivo se materializa de modo a reforçar seu poder burocrático e reprimir a dissidência, em especial, às mulheres.

A caça às bruxas é um elemento histórico marcante de prática misógina de perseguição. O empreendimento ideológico foi muito bem arquitetado e alicerçado, e, depois do *Mellus Maleficarum* até o século 19, a criminologia, salvo algumas referências esporádicas, não mais se ocupou das mulheres (MENDES, 2017, p. 29). No contexto da criminologia moderna, a Escola Positiva caracterizou-se pelo uso do método experimental, e Cesare Lombroso foi o grande expoente da antropologia criminal nesse período. Para ele, o objeto a ser pesquisado não era o delito e, sim, o delinquente, sendo a pena definida como meio de defesa social, proporcional à periculosidade do criminoso.

Em 1892, Lombroso e Giovanni Ferrero lançam a obra *La Donna Delinquente*, em que se aplica às mulheres os estudos que ele havia realizado com os homens. Respalhando-se na cientificidade das teorias biologicistas, os autores contribuíram com a sistematização dos estigmas femininos, classificando as delinquentes em categorias: criminosas natas, criminosas ocasionais, ofensoras históricas, criminosas de paixão, suicidas, mulheres criminosas lunáticas, epiléticas e/ou moralmente insanas (MENDES, 2017, p. 43). Nesse seguimento, Anitua (2008, p. 306) assevera que Lombroso se volta para as ideias inquisitoriais da inferioridade das mulheres para cometer delitos, destacando características como a extrema perversidade, a sexualidade exacerbada, a lascívia e o caráter vingativo. Rafael Garófalo, discípulo de Lombroso, confere relevância ao fator psicológico para o estudo da criminologia ao atribuir a tendência ao crime a um tipo de anomalia moral, que podia ser curável ou incurável (KOLKER, 2004, p. 178).

Tanto com relação ao Martelo das Feiticeiras quanto às formulações de Cesare Lombroso, para além de contribuírem para a consolidação de uma estereotipia feminina, muito pouco se desenvolveu com relação ao papel da mulher como autora de delitos. Na atualidade, ainda é facilmente perceptível que as mulheres que cometem crimes seguem sendo mais punidas pelo sistema e pela sociedade, e suas histórias mantêm-se emudecidas. É por meio de condições como essas que se verifica a necessidade de uma epistemologia feminista que não

venha a escorregar em discursos criminológicos masculinos, que, aparentemente, se dirigem a todos os indivíduos (ANDRECIOLI; SIQUEIRA, 2019, p. 18).

Vale ainda trazer, mesmo que brevemente, a contraposição das Teorias Clássicas de viés psicobiológico de predisposições inatas para a ação criminosa, que fica a cargo de Emile Durkheim e Merton. O primeiro desenvolve uma teoria que considerava o crime como um fenômeno sociológico, inerente ao funcionamento de qualquer sociedade, não podendo atribuir a um indivíduo em particular (BATITUCCI, 1999, p. 12). Já, no século 20, Merton (1970), estudando a criminalidade, propôs o estado de anomia social como explicação do desvio. Logo, para Merton (1970, p. 205-209), o comportamento desviante é visto como normal, e, como apenas alguns indivíduos são pressionados à transgressão, a explicação biológica perde o seu sentido, uma vez que todos os homens possuem os mesmos instintos básicos. O que ocorre é uma incompatibilidade entre os objetivos prescritos culturalmente, e os meios institucionais legítimos para a realização dessas aspirações implicariam uma situação de anomia, podendo decorrer em atos criminosos.

Assim, o autor trabalha com a ideia de uma situação de equilíbrio entre dois elementos da estrutura social (metas/objetivos e normas) quando as satisfações proporcionadas aos indivíduos se ajustam de um lado às pressões para alcançar metas valorizadas e, de outro, às formas aceitas para atingir o objetivo. Em síntese, a extrema ênfase no sucesso com sinônimo de acumulação de riqueza em oposição ao limitado acesso aos modos institucionalizados de se adquirir fortuna, poderia maximizar a busca de recursos ilegais para o alcance de objetivos socialmente valorizados (BATITUCCI, 1999, p. 18).

A conexão entre desvio e pobreza sofreu críticas no âmbito da Sociologia Criminal, porém foi muito importante na ampliação dos debates, estimulando desdobramentos teóricos para a compreensão do fenômeno da criminalidade. Há muito a ser desenvolvido e empiricamente estudado em relação à criminalidade, principalmente a feminina. De acordo com Mendes (2017, p. 14), o reconhecimento de um referencial autônomo que permita compreender os diferentes contextos de vitimização e criminalização das mulheres é extremamente necessário, ou seja, um referencial epistemológico que, sem abrir mão da crítica ao direito penal, trabalhe e reconheça esse processo de criminalização do feminino sob a perspectiva de gênero.

Atualmente, ainda há uma herança das perspectivas criminológicas e científicas clássicas e positivistas. É muito comum o pensamento maculado de explicação do encarceramento feminino por meio de definições estereotipadas sobre o perfil das mulheres criminosas. Reproduzem-se discursos de exclusão e controle para aquelas que, historicamente, foram silenciadas e marginalizadas (ANDRECIOLI; SIQUEIRA, 2019, p. 17). Vale mencionar que o primeiro momento da criminologia foi quando o positivismo e a violência institucional individual cederam espaço a uma criminologia do sistema de justiça criminal. O segundo salto ocorre na década de 70 do século 20, quando o desenvolvimento materialista da criminologia migrou para a chamada criminologia radical, nova criminologia e criminologia crítica.

O surgimento da criminologia crítica teve como grande destaque a obra “Punição e estrutura social”, de George Rusche e Otto Kirchheimer. Apesar de o trabalho ser escrito entre 1938 e 1939, a leitura só ocorreu nos anos 1970. A obra traz a demonstração do caráter histórico dos sistemas penais por meio das suas diversidades com relação às diferentes fases do

processo de acumulação de capitais, trazendo a reflexão sobre as mudanças oriundas de um processo de duração entre os séculos 15 e 20 (BATISTA, 2011, p. 91).

Rusche e Kirchheimer (2004, p. 31-40) anunciavam que os diversos sistemas penais estavam diretamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico e, em decorrência disso, com a formação do Estado Moderno, a prisão torna-se uma grande necessidade do capitalismo industrial. Conforme expõe Vera Malaguti Batista (2011, p. 91-96), George Rusche foi o primeiro pensador marxista a sistematizar as relações entre mercado de trabalho, sistemas penais e condições sociais, e seu trabalho, juntamente com “Vigiar e punir” de Foucault (2007), fomentaram a grande ruptura epistemológica que balançou as militâncias e teorias criminológicas na Europa, América Latina, Canadá e nos Estados Unidos. A partir da década de 80 do século 20, de acordo com Mendes (2017, p. 62-63), a criminologia, sob um direcionamento crítico, passa a interpretar o sistema de justiça criminal sob um viés feminista e macro-sociológico de acordo com as categorias do patriarcado e do gênero que mostra como o sistema de justiça criminal trata a mulher.

Um dos exemplos de estudos promovidos com o desenvolvimento feminista da criminologia crítica é com relação à análise teórica e empírica do funcionamento do sistema de justiça criminal relativo à violência sexual, abordado por Andrade (2007). Conforme a autora, “O sistema não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora) que se lhe atribui. Nesta crítica se sintetizam o que denomino de incapacidades protetora, preventiva e resolutoria do SJC” (ANDRADE, 2007, p. 57). A conclusão a que a autora chega ao final de sua reflexão é de que o sistema de justiça criminal atua como um mecanismo público integrativo de controle informal direcionado às mulheres, que corrobora o controle patriarcal ao criminalizar a mulher em alguns casos específicos e, principalmente, ao reconduzi-la ao lugar de vítima (ANDRADE, 2007, p. 66).

Isso posto, verifica-se que é por meio de um paradigma feminista, que permite identificar mais facilmente os discursos totalizantes que acabam por excluir o feminino de suas reflexões, que se dará voz àquelas que são historicamente silenciadas. Como, portanto, leciona Mendes (2017, p. 158), adotar um paradigma feminista significa “um giro epistemológico, que exige partir de uma realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, réis ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal”. É nesse sentido que uma análise crítica das instituições prisionais de mulheres, baseada em um ponto de vista feminista, pode contribuir para uma compreensão mais imparcial das prisões contemporâneas, possibilitando reformulações no quadro teórico dos estudos prisionais, bem como possibilitando um debate rico sobre reclusão, exclusão e controle social (CARVALHO; MAYORGA, 2017, p. 107).

Segundo Alessandro Baratta (1999, p. 23-39), a utilização do paradigma de gênero é uma condição necessária para o sucesso da luta emancipatória da mulher no universo da ciência e da política do direito. Acrescenta o autor que a criminologia feminista só poderá se desenvolver, de modo oportuno, sob o viés epistemológico da criminologia crítica. Mendes (2017, p. 163) vai além, ao afirmar que a “criminologia crítica somente poderá sobreviver na perspectiva epistemológica de uma criminologia feminista”. Dessa forma, a teoria feminista é uma teoria sobre a sociedade desde as experiências de mulheres. A partir desse

pressuposto, é mister a aplicação do paradigma feminista comprometido com a situação de vulnerabilidade das mulheres em situação de cárcere, quando se visa à compreensão do controle e seletividade configuradores do sistema penal, sistema este que encobre processos histórico-sociais que contribuem para o aprisionamento de específica parcela das mulheres. É por intermédio desse referencial teórico que se verificará uma abertura para intervenções que possam melhorar as condições de vida das mulheres no cárcere e também fora dele.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema do presente estudo consistia em dar visibilidade a uma parcela da sociedade muito estigmatizada, esquecida e em situação de extrema vulnerabilidade: as mulheres encarceradas pelo sistema prisional brasileiro. Buscou-se, assim, ir além dos muros penitenciários para se compreender o aprisionamento feminino, tendo em vista que a grande parte das mulheres em situação de cárcere vive em um cenário de descaso.

Em um cenário conclusivo, após a reconstrução da história do feminismo, constatou-se que os movimentos de mulheres são movimentos não clássicos, na medida em que transcorrem nas esferas não tradicionais de organização e ação política. Com o feminismo evidenciou-se a complexidade da dinâmica social e da ação dos sujeitos sociais, revelando o caráter multidimensional e hierárquico das relações sociais, além da existência de uma grande heterogeneidade de campos de conflito.

O que se pretendeu fazer, então, foi uma leitura da trajetória do feminismo, apresentando as formas pelas quais as mulheres conseguiam se apropriar de determinados momentos históricos, na maioria das vezes não favoráveis para questionar o pensamento vigente, seus direitos e sua própria existência como membro da sociedade. Isso posto, construiu-se um diálogo com a história do feminismo procurando identificar, em suas estratégias e reivindicações, os elementos que unificam a luta das mulheres com um processo de transformação das relações sociais em sua totalidade.

É nesse ínterim que se constatou a importância de se iniciar este estudo pela reconstrução da história da pena da prisão, trazendo à tona a discussão sobre a indispensabilidade de uma análise com paradigma feminista para a real compreensão do crescimento do aprisionamento feminino atualmente. Tal abordagem pode ser capaz de dar voz àquelas que foram historicamente silenciadas em suas necessidades sociais, políticas e culturais.

No estudo ficou claro que a grande maioria das mulheres em situação de cárcere vive em um cenário de negligência, sendo a realidade brasileira marcada pelo processo de criminalização da miséria. Constatou-se, assim, que as ações institucionais vêm se desenvolvendo sem nenhum planejamento que leve em consideração a humanização da execução penal, violando o direito a uma vida digna, principalmente referente à realidade de mães presas e seus filhos.

O que se constata, portanto, é a necessidade da criação de políticas públicas específicas, pautadas para prevenir as situações de vulnerabilidade que têm orientado essas mulheres para o ingresso no crime, principalmente ao de tráfico de drogas, bem como oportunizar, àquelas que já estão nas prisões, alternativas de geração de trabalho e renda.

5 REFERÊNCIAS

- ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- ALVES, Fernando de Brito; RIGÃO, Livia Carla Silva. Cultura da periferia e as canções de rap: um olhar para as “vozes silenciadas” a partir da filosofia de Enrique Dussel. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 8, n. 1, 2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista de Direito Público*, n. 17, p. 52-75, jul./ago./set. 2007.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.
- ANDRECIOLI, S. M.; SIQUEIRA, D. P. *Mulheres em situação de cárcere: a importância da aplicação de um paradigma feminista*. Direito penal, processo penal e Constituição I. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019. Goiânia: Conpedi, 2019.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BANDEIRA, Lourdes; SIQUEIRA, Deise. A perspectiva feminista no pensamento moderno contemporâneo. In: *Sociedade e estado*. Feminismos e gênero. Brasília: Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, 1997.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 19-80.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. *Aspectos da abordagem sociológica do crime e da prisão*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1999.
- BEAUVOIR, Simone de; MILLIET, Sérgio. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.
- BEIRAS, Iñaki Rivera. *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*. Tradução Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- BICALHO, Elizabete. Correntes feministas e abordagens de gênero. In: SOTER – Sociedade de Teologia e Ciências da religião. *Gênero e teologia: interpelações e perspectivas*. São Paulo: Soter, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. *Elementos de Direito Penal; Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. V. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica*. 11. ed. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jun. 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen*. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: jun. 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. Brasília, DF, 2017b. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: jun. 2019.
- BRYSON, Valerie. *Feminist Political Theory: an introduction*. 2. ed. Hampshire; New York: Palgrave Macmillan, 2003.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CARRANZA, Elías. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 8, 2012, p. 31-66. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20551/21723>. Acesso em: set. 2019.
- CARVALHO, Daniela Tiffany Prado; MAYORGA, Claudia. Contribuições feministas para os estudos acerca do aprisionamento de mulheres. *Revista de Estudos Feministas*, v. 25, p. 99-116, 2017.
- CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- CASAGRANDE, Carla. A mulher sob custódia. In: PERROT, Michelle; DUBY, Georges (org.). *História das mulheres no ocidente*. Idade Média. Porto: Afrontamento, 1990. p. 99-141. V. 2.
- CASTRO, Alexander; NASCIMENTO, Gabriel Bassaga. Liberdade de expressão frente à liberdade religiosa: direitos fundamentais em conflito e proteção de direitos da personalidade frente a discursos de ódio. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- CIPR. Institute for Criminal Policy Research. *Relatório 2018*. Word Prison Population List, 2018
- COSTA, Fabrício Veiga; PINTO, Alisson Alves. A ressocialização do detento a partir do prazo para o cumprimento da função social da empresa na sociedade contemporânea. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- CUNHA, Manuela Ivone. A reclusão segundo o gênero: os estudos prisionais, a reclusão de mulheres e a variação dos contextos de identidade. In: AAVV *Educar o Outro: as questões de gênero, dos direitos humanos e da educação nas prisões portuguesas*. Coimbra: Publicações Humanas, 2007.
- FERREIRA, Verônica. Entre emancipadas e quimera – imagens do feminismo no Brasil. *Cadernos AEL*, n. 3/4, p. 153-200, 1995-1996.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1969.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2007.
- FRANÇOISE, d' Eaubonne. *Féminisme ou la mort (Le)*. Paris: Passager clandestin (Le), 1974.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Estudios de derecho penitenciário*. Madrid: Tecnos, 1982.
- GARCÍA, Eusebio Fernández. Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita. *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Madrid: Dykinson, n. 21, 2001.
- GARRIDO GUZMAN, Luiz. *Compendio de ciencia penitenciária*. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
- HENTIG, Hans Von. *La pena*. Madrid: Espasa-Calpe, 1967. V. 1.
- HITA, Maria Gabriela. Igualdade, identidade e diferença (s): feminismo na reinvenção de sujeitos. In: BUARQUE DE ALMEIDA, Heloísa et al. (org.). *Gênero e matizes*. São Paulo: Edusf, 2002.
- KOLKER, Tania. A atuação do psicólogo no sistema prisional. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (org.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2004.
- LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. El derecho convencional y los retos de su implementación en los estados parte. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEGATES, M. In *Their Time: a history of feminism in western society*. New York: Routledge, 2001.
- LOZANO, Luis Gerardo Rodríguez. León duguit y el servicio público: ideas para el siglo XXI. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 8, n. 1, 2020.
- LUCAS, Doglas Cesar. Direitos humanos, identidade e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- MACHADO, Lia Zanotta. Gênero, um novo paradigma? *Cadernos Pagu*, Campinas, SP, n. 11, p. 107-125, jan. 2013. ISSN 1809-4449. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634467/2391>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- MACHADO, Robson Aparecido. A realidade do egresso: plano normativo da lei de execução penal versus reintegração social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 3, n. 1, 2015.
- MAGLIACANE, Alessia. L'armee des reserves dans la mondialisation: la parabole de la femme italienne de la constitution au post-fordisme. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- MARTÍN, Ignacio Durbán Origen y fundamentos del sistema plurilegislativo civil español. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 8, n. 1, 2020.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica; los orígenes del sistema penitenciário, siglos XVI-XIX*. 2. ed. México: Siglo XXI Ed., 1985.
- MENDES, S. R. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 215.

- MENDES, S. R. Tecendo uma criminologia feminista no Brasil. *Labrys* (Edição em Português. *on-line*), v. 31, 2018. Disponível em: <https://www.labrys.net.br/labrys31/criminologie/soraia.htm>.
- MERTON, Robert King. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11/07/84*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo tribunal federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil? *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 3, 2019.
- NARAYAN, Uma. O projeto da epistemologia feminista: perspectivas de uma feminista não ocidental. In: JAGGAR, Alison M.; BORDO, Susan (org.). *Gênero, corpo e conhecimento*. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997.
- NEUMAN, Elías. *El problema sexual em las cárceles*. Argentina: Ed. Criminalia, 1965.
- OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A expressão constituinte do feminismo: por uma retomada do processo liberatório da mulher*. 2007. 179 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- OPTIZ, Claudia. O cotidiano da mulher no final da Idade Média (1250-1500). In: PERROT, Michelle; DUBY, Georges (org.). *História das mulheres do ocidente*. Idade Média. Porto: Afrontamento, 1990. V. 2.
- PINTO, Célia Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. p. 15. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782010000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 fev. 2019.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista da Emerj*, v. 15, p. 70-89, 2012.
- PRÁ, Jussara Reis. O feminismo como teoria e como prática política. In: STREY, Marlene Neves. *Mulher: estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997. p. 39-57.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: discurso sobre a economia política*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. Curitiba: Editora Hemus, 1981.
- RUETHER, R. R. *Sexismo e religião: rumo a uma teologia feminista*. São Leopoldo: Sinodal, 1993.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Feminismos e seus frutos no Brasil. In: SADER, Emir. *Movimentos sociais na transição democrática*. São Paulo: Ed. Cortez, 1987. p. 105-157.
- SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2006. 162 p. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- SANTOS, Marcel Ferreira; ÁVILA, Gustavo Noronha. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 136, p. 267-291, 2017.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SIQUEIRA, D.; ANDRECIOLI, S. A vulnerabilidade das mulheres encarceradas e a justiça social: o importante papel da educação na efetividade no processo de ressocialização. *Revista Direito em Debate*, v. 28, n. 51, p. 61-77, 7 ago. 2019.
- SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TOUPIN, Louise. *Les courants de pensée féministe*. 1998. p. 11. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/contemporains/toupin_louise/courants_pensee_feministe/courants_pensee_feministe.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.
- WOOLF, Virginia. *Professions for Women*. In: BARRETT, Michèle. *Virginia Woolf: Women and Writing*. Virago: London, 1931.
- WOOLF, Virginia. *Um teto todo seu*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- ZAFFARONI, E. Raúl. A mulher e o poder putivo. In: CLADEM. *Mulheres: vigiadas e castigadas*. São Paulo: Cladem, 1995.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.9237>

GÊNERO E EXECUÇÃO PENAL: A Invisibilidade de Homens Transexuais Encarcerados como uma Ofensa aos Direitos Humanos

Vanessa de Sousa Soares

Autora correspondente. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Coração Eucarístico. Av. Dom José Gaspar, 500. Belo Horizonte/MG, Brasil. CEP 30535-610. <http://lattes.cnpq.br/5143274583686107>. <https://orcid.org/0000-0002-8350-6036>. vsousasoares@gmail.com

Klelia Canabrava Aleixo

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG, Brasil.

RESUMO

O presente artigo propõe analisar como a Execução Penal lida com as demandas e as especificidades dos homens transexuais encarcerados, tendo em vista que o sistema prisional, projetado e construído de acordo com uma binariedade heteronormativa rígida, não consegue atender às novas demandas, principalmente aquelas relacionadas às identidades de gênero. Nesse sentido, pretendemos investigar como o cárcere e a sua estrutura são empregados ainda como uma forma de disciplinarização que incide diretamente nos corpos, e como as sexualidades e gêneros, considerados destoantes, seriam também atingidos por uma prática de docilização. A pesquisa fará uso de uma metodologia interdisciplinar por meio de um levantamento de fontes bibliográficas, mesclando obras de autores estudiosos da pena e da execução penal e da temática de gênero, destacando-se, nesse momento, Judith Butler. O método histórico-dialético será adotado sob uma abordagem qualitativa com o objetivo descritivo-exploratório. O artigo limita-se a estudar os homens trans em situação de cárcere em razão das peculiaridades que os envolvem. Não considerar as individualidades destas pessoas como um direito constitucional é uma grave ofensa aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: execução penal; direitos humanos; gênero; homens transexuais presos.

GENDER AND PENAL EXECUTION: THE INVISIBILITY OF IMPRISONED TRANSGENDER MEN AS AN OFFENSE TO HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

This article proposes to analyze how the Penal Execution deals with the demands and specificities of imprisoned transsexual men, since the prison system, designed and constructed according to a rigid heteronormative binarity, fails to meet the new demands, especially those related to gender identities. In this sense, we intend to investigate how the jail and its structure are still used as a form of disciplinarization that directly affects the bodies and how the sexualities and gender considered as disoriented would also be affected by a docilization practice. The research will make use of an interdisciplinary methodology, through a survey of bibliographical sources, merging works of authors of the pen and criminal execution and the theme of gender, highlighting, at that moment, Judith Butler. The historical-dialectical method will be adopted under a qualitative approach with the descriptive-exploratory objective. The article limits itself to studying trans men in jail because of the peculiarities that surround them. Not considering the individualities of these people as a constitutional right is a serious offense against Human Rights.

Keywords: penal execution; human rights; gender; imprisoned transgender men.

Recebido em: 18/7/2019

Aceito em: 1º/2/2021

1 INTRODUÇÃO

O presente texto, partindo da configuração atual do modelo de Execução Penal, pretende discutir a tentativa do Direito em oferecer respostas adequadas às demandas da atualidade, sobretudo as referentes aos homens trans encarcerados.

O trabalho justifica-se, pois está alinhado a discussões contemporâneas urgentes relacionadas à diversidade de gênero e à luta pelo reconhecimento de direitos e o respeito às múltiplas identidades inseridas na sociedade. Em atenção a essa diversidade, é de suma importância repensar a estrutura do cárcere, de forma que ele não mais segmente os corpos sob a ótica de um esquema dicotômico justificado na binariedade homem/mulher.

A preocupação gira em torno do tratamento empregado pelo sistema punitivo à população carcerária de homens trans que, por não atender suas necessidades particulares, torna ainda mais latentes as discrepâncias e, por conseguinte, a discriminação seguida de retaliações e violência. Agindo dessa forma, o aparato jurídico contribui para a manutenção de um modelo segregador.

O trabalho detém-se à parcela encarcerada de homens trans em razão das suas necessidades e dificuldades particulares. Tais peculiaridades não poderiam ser analisadas com tanta cautela se a proposta englobasse também travestis e mulheres transexuais em cumprimento de pena.

Partindo do Direito Penal, no âmbito da Execução Penal, portanto, o objetivo principal aqui é compreender as complexidades que cercam o cumprimento de pena de homens trans nos estabelecimentos prisionais.

Assim, para melhor compreensão da discussão, em um primeiro momento será feita uma retomada da aplicabilidade da pena ao longo da história, pelo abandono dos castigos físicos e a eleição do cárcere como nova forma de aplicação da pena no período da modernidade. Isso será feito para entender como as prisões ainda podem ser utilizadas como uma forma de disciplinarização que se aplica sobre o próprio corpo para estabelecer uma relação de docilidade-utilidade, alertando para o descumprimento do Princípio da Individualização da Pena. Logo em seguida, no terceiro capítulo, propõe-se um estudo sobre gênero na Execução Penal e como ele também pode ser usado para regulação e docilização de corpos. O último capítulo será dedicado à análise da situação dos homens transexuais inseridos no sistema carcerário, fazendo um exame sob a égide dos preceitos dos Direitos Humanos.

A presente pesquisa desenvolve-se a partir da concepção de Michel Foucault sobre as relações entre corpo e poder. Além disso, considerando que a ciência jurídica é essencialmente histórica e exige a interdisciplinaridade com outras áreas para ser mais bem entendida, esta pesquisa consultará fontes de outras disciplinas e áreas do conhecimento. Nesse sentido, na interface relativa às discussões de gênero, destacam-se os escritos de Judith Butler. A metodologia utilizada é construída pelo método histórico-dialético, considerando, quanto à abordagem, o seu caráter qualitativo e, quanto aos objetivos, uma roupagem descritivo-exploratória.

2 A PENA COMO MECANISMO DE MÚLTIPLOS CONTROLES

Após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, a fase de conhecimento do processo extingue-se e passa a operar a fase executória, momento em que a pena determinada pela autoridade judicial deverá ser cumprida pelo condenado.

Neste momento, inicia-se uma importante discussão sobre as finalidades da pena. Três teorias a respeito destas finalidades podem ser apontadas, sendo elas: a) a teoria absoluta, que identifica a pena como um fim em si mesma, considerada tão somente como um castigo em consequência ao crime cometido, como uma forma de fazer justiça; b) a teoria relativa, que visa à prevenção de novos delitos e impedir a reincidência ao crime e; c) a teoria mista, que tem o intuito de unir as duas outras teorias, punindo o criminoso pelo mal causado e prevenindo novas condutas delituosas (ROIG, 2014, p. 16).

Muito além dessas três teorias, todavia, a pena teve modificada, ao longo dos anos, a sua aplicabilidade e função. Michel Foucault (2012), em “Vigiar e Punir”, fez uma investigação no sentido de entender como a pena foi aplicada nos diversos sistemas punitivos que passaram pela história. Em primeiro lugar, ele distinguiu os modelos de punição e analisou o abandono dos castigos físicos e das mutilações, que dão lugar a uma forma diversa de aplicação da pena:

A punição vai se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo de percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. As caracterizações da infâmia são redistribuídas: no castigo-espetáculo um horror confuso nascia do patíbulo; ele envolvia ao mesmo tempo o carrasco e o condenado: e se por um lado sempre estava a ponto de transformar em piedade ou em glória a vergonha infligida ao supliciado, por outro lado, ele fazia redundar geralmente em infâmia a violência legal do executor. **Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo e unívoco (...)** (p. 14-15, grifo nosso).

Nesse sentido, ainda que o castigo físico tenha sido abandonado, Foucault considera que não é possível entender as novas configurações de poder sancionador sem compreendê-lo como uma forma de poder que se aplica sobre o próprio corpo. Isso porque o corpo está diretamente imerso no campo político e nas relações de poder e dominação, e só pode ser considerado útil quando se torna produtivo e submisso e “essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência ou da ideologia (...) pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e no entanto continuar sendo de ordem física” (FOUCAULT, 2012, p. 29).

A essa sistemática, Foucault (2012) denomina “tecnologia política do corpo”:

Essa tecnologia é difusa, claro, raramente formulada em discursos contínuos e sistemáticos; compõe-se muitas vezes de peças ou de pedaços; utiliza um material e processos sem relação entre si. O mais das vezes, apesar da coerência de seus resultados, ela não passa de uma instrumentação multiforme. Além disso seria impossível localizá-la, quer num tipo definido de instituição, quer num aparelho do Estado. Estes recorrem a ela; utilizam-na, valorizam-na ou impõem algumas de suas maneiras de agir. Mas ela mesma, em seus mecanismos e efeitos, se situa num nível completamente diferente. *Trata-se de al-*

guma maneira de uma microfísica do poder posta em jogo pelos aparelhos e instituições, mas cujo campo de validade se coloca de algum modo entre esses grandes funcionamentos e os próprios corpos com sua materialidade e suas forças (p. 29, grifo nosso).

Considerando que o corpo é uma figura política, ele é disciplinado e usado como meio de controle na produção de corpos dóceis e padronizados de acordo com a aceitação social. Foucault (2012) define essa prática de docilização de corpos como sendo uma “anatomia política”, característica da intervenção penal moderna, que se desenvolve a partir de uma série de práticas de coerções com a finalidade de moldar os corpos e, nesse sentido, “o corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe” (p. 133).

Com o abandono do suplício corporal e dos ferimentos físicos, o cárcere fora eleito no período da modernidade como espectro disciplinar e de controle. Assim, as prisões teriam o intuito de eliminar aqueles que de qualquer forma não se conformam com a norma:

(...) a prisão pode ser vista como uma estrutura preocupada justamente em dar conta das sobras do processo de controle da violência, monopolizando a violência e a lei. Naquele momento, o controle social estava direcionado àquelas pessoas que apresentavam dificuldades de se inserirem no processo produtivo emergente e não se enquadravam nem como trabalhadores, nem como carentes, e precisavam ser, por isso, disciplinadas. A essa sobra da sobra, a prisão passou a ser alternativa (WOLFF; FERREIRA, 2011, p. 48).

Em linhas gerais, as prisões tornaram-se, no período da modernidade, um meio de domesticação de corpos e, nesse sentido, “tipos” seriam escolhidos para se transformarem em dóceis.

Na contemporaneidade, o controle social por meio da prisão não tem como característica principal a normalização mediante a disciplina. Seu objetivo central é a neutralização das classes perigosas.

A busca pela reforma do indivíduo, todavia, não foi abandonada por completo na prisão. Está aliada a outras tecnologias de poder:

A coexistência entre os modelos disciplinar, biopolítico e de controle é, pois, característica das sociedades ocidentais contemporâneas que têm altas e crescentes taxas de encarceramento aliadas a mecanismos de vigilância a céu aberto. Há também o exercício do poder tanto sobre o corpo individual como sobre a população (ALEIXO, 2012, p. 73).

Esse entrelaçamento entre as tecnologias de poder configura um campo híbrido que tanto dificulta a identificação de suas manifestações no campo social quanto constitui um desafio na árdua tarefa de se pensar como deve ser uma intervenção capaz de desconstituir tais relações de poder (ALEIXO, 2012, p. 75).

2.1 A inaplicabilidade do Princípio da Individualização da Pena na fase de Execução Penal

Baratta (2002) explica o processo de seletividade penal que se desenvolve a partir da criminalização de determinadas classes consideradas inferiores que são pensadas como lesivas às classes dominantes. De acordo com Zaffaroni (2001), o Estado seleciona, já por meio da legislação, os indivíduos que serão submetidos à sua coação e a suas penas.

Considerando que as prisões foram eleitas como mecanismos oficiais de aplicação da pena, tornou-se urgente, diante das novas demandas, reconhecer a autonomia do Direito de

Execução Penal. Priorizando o exercício de uma jurisdição especializada, a Lei de Execuções Penais (LEP)¹ foi criada para propor uma rede de princípios e regras que juridicalizem a execução das penas, na tentativa de avaliar direitos e garantias ao sentenciado.

Vários princípios são elencados na LEP com o intuito de certificar que o condenado conserve todos os seus direitos não atingidos pela sentença penal. Nesse sentido, a norma legal garante ao sentenciado que os efeitos da condenação não deverão, de qualquer forma, atingir outros direitos senão àqueles ligados à sua liberdade ambulatorial. Em resumo, por mais que o indivíduo esteja em privação de liberdade, seus direitos devem permanecer intocados.

Ainda que, todavia, a LEP preveja um rol de garantias com o cuidado de não suspender ou restringir os direitos individuais, muitos dos princípios constitucionais inseridos na lei estão sendo descumpridos ou desconsiderados, como o da Individualização da Pena. Em razão disso, diversos direitos dos sujeitos em cumprimento de pena estão sendo mitigados.

O Princípio da Individualização da Pena, estabelecido na Constituição Federal (artigo 5º, XLVI), preconiza “que as autoridades responsáveis pela execução penal possuem a obrigação de enxergar o preso como verdadeiro indivíduo, na acepção humana do termo, considerando suas reais necessidades como sujeito de direitos” (ROIG, 2014, 46). De acordo com esse princípio, portanto, é garantido aos indivíduos, no momento da condenação, que a sua pena seja individualizada, levando em consideração as peculiaridades aplicadas a cada caso, que vai determinar um cumprimento individualizado da sanção aplicada. As autoridades administrativas e judiciais devem se atentar às demandas daquele que foi sentenciado, evitando qualquer tratamento discriminatório.

Assim, considerando o Princípio da Individualização da Pena, certo é que as particularidades de cada caso devem ser consideradas para que não só a aplicação da pena seja justa, mas também o seu cumprimento.

Pautado sob um discurso de ressocialização, porém, o sistema de execução penal “parece fazer parte de um mecanismo de violência institucionalizada, operacionalizada pelo poder punitivo a impor a reforma da personalidade como forma de aniquilamento da individualidade do preso” (ALEIXO; PENIDO, 2018, p. 25). Dessa maneira, relacionando com a concepção foucaultiana, há a imposição de um pensamento de que, para estar apto a voltar ao convívio social, o preso deve repetir uma série de comportamentos impostos e, conseqüentemente, abandonar a sua personalidade e individualidade, de forma a docilizar os corpos.

A respeito da neutralização da pessoa presa, Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido (2018) dissertam:

Verifica-se que o objetivo da execução penal de “harmônica integração social” pressupõe a existência de uma sociedade integrada, harmonicamente, modelo ao qual o condenado deve se “integrar” sem maiores questionamentos. *Ocorre que esta sociedade não existe e tal finalidade viabiliza a homogeneização de comportamentos aos valores dominantes, ignorando a alteridade.* Verifica-se também que a violência absoluta – presente no ambiente carcerário – é quase sempre a razão para o “convencimento do preso a se ressocializar, o que também configura violência ilegítima (ALEIXO; PENIDO, 2018, p. 33-34, grifo nosso).

¹ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Nesse sentido, contrariando abertamente o Princípio da Individualização, a pena aplicada na fase de Execução Penal tem sido utilizada como um meio de contenção e neutralização do condenado, apagando a sua personalidade para a produção de corpos dóceis. É nessa esteira que se torna necessário analisar a dinâmica da Execução Penal sob o viés das transexualidades, sobretudo das individualidades dos homens trans encarcerados.

3 AS DISCUSSÕES DE GÊNERO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL

As pesquisadoras Angela Marques e Ana Luisa Mayrink (2016), partindo da concepção de Judith Butler, entendem que o gênero também é produto de um código social instituído usado para a regulação de corpos, e todo aquele que não se conforma à norma torna-se vulnerável a coerções de diversas ordens. Nesse sentido, as subjetividades são também atingidas pela prática de disciplinamento, docilização e normalização dos corpos. Conforme discute também Miskolci (2006),

Percebe-se, assim, que o espaço de problematização das relações entre corpo e identidade é maior do que parece à primeira vista, pois vai muito além das técnicas corporais propriamente ditas e alcança as formas como compreendemos a nós mesmos e, sobretudo, a forma como somos levados a ver o outro (p. 682).

Zygmunt Bauman (1998) afirma que a modernidade não abandonou antigos ideais de beleza, pureza e ordem. Cada época e cultura teriam um padrão ideal a ser mantido e todo aquele que for destoante à ordem outrora estabelecida é visto como um empecilho à higiene. Nesse sentido, existe uma hierarquização social que é mantida e naturalizada não só pelo Direito, mas também pela dinâmica social cotidiana.

Nessa esteira, as sexualidades e gêneros considerados destoantes seriam “alvos” no sistema penal. Judith Butler (2001) conceitua gênero como o instrumento que se materializa nos corpos, pelo qual os sujeitos são identificados, classificados e, portanto, conformados. Sobre o gênero também recai uma normatividade, um padrão socialmente aceito, que indica que ele sempre deve estar em conformidade com o sexo, e todo aquele que não se enquadre nesse padrão será passível de exclusão.

Em outras palavras, o ideal normativo, no que diz respeito às questões de gênero, manifesta-se, também, pelo corpo. Remedios Bravo (2018), fazendo uma análise de Butler, explica que, ao exigir essa conformidade dos corpos ao gênero, é mantida uma matriz normativa que reafirma um padrão binário rigoroso, sustentando um arquétipo de feminilidade e masculinidade que reafirma a heterossexualidade em suas práticas:

Como Butler insiste, o fundamental é que nossa inteligibilidade social depende, em última instância, dessas relações de poder. Então, seremos mais ou menos reconhecíveis para os outros, dependendo de como somos acomodados às regras normativas às quais estamos sujeitos. E será essa adequação que determinará as condições materiais, como a segurança ou bem-estar, da nossa própria vida. Vamos dizer que esta é a nova forma de violência que inaugura a disciplina, que, apesar de não punir fisicamente o corpo, obriga os indivíduos a incorporar uma lei que os torna socialmente inteligíveis. O poder determina, portanto, nosso status ontológico, causando que qualquer desidentificação com a lei implica uma expulsão da esfera do real (BRAVO, 2018, p. 72, tradução nossa).

Essa dificuldade em compreender e acolher as diversidades não é percebida somente na sociedade, mas também no plano jurídico. O Direito moderno fala sobre igualdade, determinando que todos são iguais perante a lei. Ao estabelecer, todavia, puramente uma isonomia, “o Estado é *cego* às diferenças, (...) supõe a construção de um tipo ideal de indivíduo, tomado a *priori* como ideal/normal/legal-legítimo/são” (BAHIA, 2017, p. 497, grifo do autor).

Hodiernamente, ainda que se perceba uma tentativa do Direito em abarcar as diferenças, especificamente no campo das políticas LGBT+, o que se vê é a tentativa de ajustar os diferentes em padrões já existentes, sem reconhecer de fato que nem todos se ajustam ao esquema binário-heteronormativo. Nesse sentido, Alexandre Bahia (2017) articula:

Fala-se muito nos tempos de hoje em *diversidade e pluralidade*, inclusive no âmbito do Direito. No entanto, pelo menos quanto a esse ramo do conhecimento, muito pouco houve de mudanças para que ele possa, de fato, reconhecer a naturalidade da diversidade. E fala-se em diversidade, e não em *diferença*; em reconhecimento, e não *tolerância*, porque esta e aquela ainda partem da ideia típica da modernidade de que há um padrão, apenas que agora se permite que o outro exista. Ao revés, aqui se faz referência ao reconhecimento de que nem todos são iguais, que dificilmente caberiam em *caixas conceituais*, pois que elas sempre são reducionistas da complexidade da existência humana. A diversidade, então, também é uma variante da igualdade, ao lado de isonomia e equidade, e certamente é um dos maiores desafios para o Direito dos dias de hoje (p. 499, grifo do autor)

Baratta (1999) sustenta que a Constituição estabelece a igualdade formal, mas para torná-la real é necessária uma igualdade material que afaste as discriminações que impõem modelos e esmagam ou eliminam as diferenças. É preciso que o Direito reconheça que existem sujeitos que não se enquadram na normativa de gênero, como é o caso dos homens trans. Na execução penal não é suficiente o desenvolvimento de políticas de acolhimento de homens trans que se baseiem puramente em um caráter performativo masculino/feminino, pois “é preciso romper com o gênero no direito e abandonar os essencialismos de sua divisão binária artificial”.

Ainda, portanto, que exista uma Resolução Conjunta (Resolução 15 de abril de 2014) estabelecendo parâmetros para o acolhimento da população LGBT+ no cumprimento de pena privativa de liberdade, faz-se mister ressaltar que ela é uma resolução simplista de uma questão muito mais complexa. Além disso, sua aplicação ainda não é eficaz e muitos estabelecimentos prisionais não fazem uso dela.

A Resolução foi baseada em diversos dispositivos legais, como o artigo 5º da Constituição Federal e a Declaração dos Direitos Humanos, em uma tentativa de melhorar o cumprimento de pena das pessoas LGBT+. Dentre as diversas diretrizes, a Resolução prevê que os apenados travestis e transexuais têm o direito de ser chamados pelo seu nome social, devendo ser facultado o uso de roupas masculinas ou femininas e a manutenção de cabelos compridos, de acordo com a identidade de gênero. Além disso, a Resolução prevê, inclusive, o direito à visita íntima.

Em relação aos homens transexuais, objeto deste estudo, a portaria faz menção a eles no artigo 4º nos seguintes dizeres: “as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas”.

O que se percebe da leitura do artigo 4º é a incapacidade do aparato jurídico em reconhecer a diversidade que escapa da dinâmica legalista do Direito. Pautado sob a ótica de um sistema homogeneizante e à égide de um aparelho normativo construído em cima de normalidades, o Direito se vê diante de uma juridicidade que se regula “na inclusão gerando a exclusão e a dificuldade de pensar para além de caixas conceituais com as quais tenta aprisionar a realidade” (BAHIA, 2016, p. 488).

A anatomia do cárcere já sugere o perpetuamento de uma dinâmica disciplinar pautada sob uma base heteronormativa e definida sob o contexto do binarismo homem/mulher.

A título de exemplo, em junho de 2019 Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF)², em decisão liminar, determinou a transferência para estabelecimentos femininos de todas as mulheres transexuais que estivessem cumprindo pena em presídios masculinos. Essa medida foi tomada para preservar a saúde física e psicológica das detentas. Na decisão, o ministro definiu tratar-se “da única medida apta a possibilitar que (as mulheres trans) recebam tratamento social compatível com a sua identidade de gênero. Trata-se, ademais, de providência necessária a assegurar a sua integridade física e psíquica, diante do histórico de abusos perpetrados contra essas pessoas em situação de encarceramento”.

Transferir as mulheres transexuais para um local que se adequasse à sua identidade de gênero foi a resposta encontrada pelo poder público para resolver, ainda que de forma temporária, a questão.

Por outro lado, se fosse analisar a situação de homens trans, essa solução possivelmente não seria a mais adequada. Isso porque a transferência desses sujeitos para estabelecimentos prisionais masculinos poderia resultar em danos irreparáveis a eles. Nesse sentido, alternativa distinta teria de ser pensada pelo Direito para atender às suas demandas. Isso porque transferir homens trans para presídios masculinos seria o mesmo que condená-los a uma pena aquém da estipulada em sua sentença.

O poder público visualizou a problemática de transferir os homens transexuais para penitenciárias masculinas, tanto é que no artigo 4º da Resolução optou por mantê-los nas femininas. Isso, porém, não seria o mesmo que ignorar a existência e a identidade de gênero dessas pessoas? A impressão que fica é que não conseguiram pensar no que fazer com essa parcela prisional e acabaram deixando de lado suas necessidades e peculiaridades.

Um dos argumentos utilizados pelo ministro para determinar a transferência de travestis para um estabelecimento prisional feminino foi “o respeito à sua identidade de gênero”. É necessário ter cautela ao fazer uso desse tipo de discurso, uma vez que, como dito anteriormente, não seria possível utilizar o mesmo argumento para transferir homens trans para presídios masculinos.

No cenário brasileiro, a vivência dos homens trans, quando não é invisível, é permeada por preconceitos e discriminações, realidade que não se diferencia muito no contexto carcerário. Judith Butler (2003) explica que, por não se encaixarem nos parâmetros heterocentrados, esses sujeitos possuem um estigma que os impede de ser vistos e entendidos como humanos. Nesse sentido, nasce um desejo de “normalizar” esses indivíduos. Isso acontece, dentre ou-

² ADPF 527.

tras razões, porque o corpo é utilizado como uma forma de controle e, por meio de diversos métodos, são impostos a estes corpos uma relação de docilidade-utilidade (FOUCAULT, 2012).

Nesse contexto, os homens trans se veem diante de uma rede de exclusão (PRADO; JUNQUEIRA, 2011) que se caracteriza pela privação de acolhimento tanto familiar e da sociedade quanto das instituições públicas. Isso ocorre nos estabelecimentos prisionais na medida em que o tratamento reservado a esses sujeitos é baseado em uma “política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos” (FOUCAULT, 2012, p. 133).

Sob a perspectiva de Salo de Carvalho, Guilherme Gomes Ferreira (2015), em seu estudo sobre travestis e prisões, discorre sobre as dificuldades enfrentadas pelos sujeitos destoantes ao modelo de padrão de sexualidade e de gênero, afirmando que “os desejos e prazeres dissidentes, quando ingressam nos sistemas punitivos, experimentam padrões distintos e únicos de controle e repressão, na forma de criminalização e também patologização” (FERREIRA, 2015, p. 1.790).

A partir da discussão de Miskolci sobre a docilização de corpos, no sentido de que “as técnicas de disciplina corporal são assujeitadoras porque criam não apenas corpos padronizados, mas também subjetividades controladas” (MISKOLCI, 2006, p. 682), pode-se pensar como o cárcere, no contexto dos homens trans, é capaz de disciplinar e normatizar seus corpos.

É importante destacar que, nos estabelecimentos prisionais, encaixar os sujeitos em uma estrutura puramente baseada na identidade de gênero não é suficiente. Isso, pois, se assim for feito, as mulheres trans serão transferidas para penitenciárias femininas de acordo com a sua identidade de gênero. Por outro lado, se os homens trans forem transferidos para estabelecimentos prisionais masculinos, também em acordo com a sua identidade de gênero, sofrerão muito além da pena privativa de liberdade que lhes fora imposta. Estupros, retaliações, violências físicas e psicológicas poderão infligi-los. Mantê-los, entretanto, em presídios femininos, conforme prevê o artigo 4º da Resolução Conjunta, sem que sejam discutidas outras possibilidades de inclusão, seria uma forma de torná-los invisíveis.

É esse o desafio que o Direito contemporâneo precisa enfrentar para que consiga propor soluções que reinventem o modelo atual e superem as concepções binárias e segregantes.

O que se percebe hoje é a transformação da Execução Penal em um campo de exceção. Utilizando os ensinamentos de Giorgio Agamben (2010), durante o cumprimento de pena, não somente em relação às pessoas transexuais, cumpre ressaltar, há uma tentativa de legitimar o poder a partir da suspensão da lei (ou dos direitos), instalando o estado de exceção. Nesse estado, é delimitada uma esfera da vida nua, ou seja, do *homo sacer*, e uma esfera do político. Assim, aquele que é considerado *homo sacer* acaba sendo colocado em uma condição matável.

Trazendo mais uma vez à tona a discussão de gênero, em relação aos homens transexuais há a vulnerabilização desses corpos que, transformados em uma espécie de ameaça a ideais fortemente internalizados de uma norma de gênero, tornam-se alvo de toda uma gama de violências físicas e simbólicas que visam a excluir e exterminar essas existências incômodas, transformando-os em subvidas.

Judith Butler, em sua discussão sobre vidas precárias e vidas passíveis de luto, acrescenta que “se certas vidas não são qualificadas como vidas ou se, desde o começo, não são concebíveis como vidas de acordo com certos enquadramentos epistemológicos, então essas vidas nunca serão vividas nem perdidas no sentido pleno dessas palavras” (BUTLER, 2015, p. 13).

Os discursos encarceradores e a binariedade rígida do cárcere, portanto, parecem legítimos, mas fazem parte de uma técnica de aniquilamento da pessoa presa, ou seja, docilizar os corpos dos sentenciados é o mesmo que acabar com as suas características, com a sua individualidade.

Por fim, percebe-se que o modelo penitenciário brasileiro, com a sua rigidez binária, não está sendo capaz de atender eficazmente a todas as questões e, principalmente, quando diz respeito à discussão das identidades de gênero. Os questionamentos que restam são muitos: Os sentenciados devem ser transferidos às penitenciárias de acordo com a sua identificação de gênero? Essas pessoas devem ser segregadas em espaços LGBT+? Outras “caixinhas” devem ser criadas para tentar se adequar às demandas?

3.1 Ausência de dados oficiais: a invisibilidade da população transexual como uma ofensa aos Direitos Humanos

Considerando a problemática do encarceramento de homens transexuais, esta pesquisa atentou-se em buscar dados oficiais que apontassem o número de pessoas LGBT+ aprisionadas para entender, em sua amplitude, a situação. No Brasil, todavia, não existem números sobre essa população; ela não aparece no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Infopen). Assim, não existe hoje um banco de dados para saber quantas pessoas LGBT+ estão presas, por que estão presas, quais as experiências de violência que elas sofrem e a sua realidade prisional.

Sabendo dessa circunstância, a ONG Somos, de Porto Alegre, em 2018 iniciou um projeto chamado “Passagens – Rede de Apoio a LGBTs nas prisões” para tentar traçar um censo para aqueles que hoje são invisíveis no sistema penal. Além disso, o projeto também se propõe a mapear a situação do tratamento destinado às pessoas LGBTs presas e a monitorar as informações para propor a criação de espaços específicos para essa população. Essa mesma ONG, ademais, produziu, em maio de 2019, um breve documentário com o intuito de mostrar a realidade de pessoas LGBT+ encarceradas.

O que se percebe da situação narrada é que a população LGBT+, além das violações que sofre com a sua chegada no sistema prisional, está também invisibilizada e esquecida pelo sistema penal, uma vez que não existem sequer dados que sinalizem a sua existência. A preocupação decorre do fato de que se não existem informações dessa parcela populacional, não existem também formas de pensar em políticas públicas para fazer o seu controle e propor melhorias em seu cumprimento de pena.

Nesse sentido, é possível considerar a violência sexual e de gênero não só como um desrespeito aos Direitos Humanos, mas também como apagamento de sua existência.

A estrutura basilar dos Direitos Humanos é a noção de dignidade humana que pode ser definida como as “condições adequadas de existência” (RAMOS, 2005, p. 20). Assim, esses direitos devem ser considerados inerentes à qualidade e à condição de ser humano, indis-

pensáveis para uma existência digna e para a realização plena do indivíduo, reconhecendo e garantindo seus direitos básicos.

Na legislação brasileira os Direitos Humanos estão previstos, quase que em sua totalidade, no artigo 5º da Constituição Federal, e determinam aqueles direitos inerentes à proteção do indivíduo, fundamentais à pessoa humana e garantias individuais. A preocupação com a proteção dos sujeitos, não só no Brasil, mas também no âmbito internacional, tornou-se latente pós Segunda Guerra Mundial e foi o incentivo para a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considerada um marco da universalidade dos direitos fundamentais. Em 1948 foi aprovada, ademais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que valoriza a proteção da tríplice *direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos*.

Apesar de universais, os Direitos Humanos, para serem concretizados, precisam, além de reconhecimento, da jurisdição do Estado, ou seja, assegurar esses direitos significa não somente declará-los, mas pensar em uma nova forma de torná-los eficazes a todos os seres humanos de igual maneira. Nessa direção, Hanna Arendt (1951) defende a ideia de pensar em uma nova lei da humanidade em que todos os indivíduos tenham o direito de ter direitos e de pertencer à humanidade.

As garantias defendidas pelos Direitos Humanos, por outro lado, estão atreladas e influenciadas por contextos sociais e culturais distintos a depender de cada sociedade e às suas singularidades. Dessa forma, esses direitos acabam tornando-se campos de disputas e reivindicações ao redor do mundo, principalmente quando dizem respeito às camadas mais vulneráveis da sociedade. Assim, as minorias encontram nos Direitos Humanos uma forma de afirmação e efetivação dos seus direitos.

É importante frisar que as normas protecionistas, amparadas pelos Direitos Humanos, devem ser abertas e se adequarem continuamente às novas demandas da sociedade e à criação de novos direitos. Nesse sentido,

A conduta adotada de “permitir” que a norma e os comportamentos internos sejam afetados pelos parâmetros internacionais de proteção da dignidade humana, a qual é observada em face da elaboração de novos direitos que, no decurso do tempo, gradativamente, incorporam-se aos sistemas jurídicos diversos, em culturas diferentes, reflete a força expansiva dos Direitos Humanos, que influencia a construção e reconstrução dos ordenamentos jurídicos dos diversos países e propicia o surgimento dos chamados “novos direitos” (SMITH; SANTOS, 2017, p. 1103).

As demandas da população LGBT+ em situação de cárcere requerem a criação desses novos direitos para que garantam a essas pessoas dignidade e manutenção do exercício da sua cidadania. Infelizmente a ausência de dados oficiais que reportem a sua situação no sistema penal só reforça a ideia da invisibilidade que sofrem na sociedade, que provoca inúmeras violações aos Direitos Humanos.

Especificamente em relação aos homens transexuais, o apagamento é ainda mais latente. Isso porque, ao contrário das mulheres transexuais e travestis que são protagonistas de inúmeros debates para decidir a viabilidade da transferência para penitenciárias femininas em respeito à identidade de gênero, os homens trans estão apagados, invisíveis no sistema.

Não se pretende aqui, de forma alguma, afirmar que mulheres transexuais e travestis estão em uma posição privilegiada socialmente, mas alertar para o silenciamento e o descaso com a parcela de homens transexuais encarcerados.

Hoje, no país, não é possível identificar com clareza quais as necessidades e as dificuldades que homens trans em cumprimento de pena privativa de liberdade enfrentam diariamente, tampouco sua rotina no cárcere. Ademais, também é inimaginável a convivência dessas pessoas com as outras mulheres, companheiras de celas, e qual é o impacto do convívio para ambos e, ainda, sequer, o tratamento recebido por eles dos agentes penitenciários.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou discutir os padrões de acolhimento de homens transexuais na fase de Execução Penal.

Em um primeiro momento, foi proposta uma breve investigação acerca da trajetória da pena para entender como ela passou de um castigo imposto, por meio de torturas e mutilações, para uma forma mais sutil de correção. Assim, na modernidade, o cárcere passa a ser considerado o meio oficial de aplicação da pena. Foucault, todavia, acredita que estas novas formas do poder sancionador, sob outra roupagem, ainda recaem sobre o próprio corpo; isso porque as prisões tornam-se mecanismos de controle na produção de corpos dóceis e padronizados de acordo com a aceitação social.

Nesse sentido, contrariando o Princípio da Individualização da Pena, assentado na LEP, o cárcere trabalha com o apagamento do sujeito encarcerado, desconsiderando toda a sua individualidade e particularidade com o intuito de eliminar todo aquele que não se conforma com a norma.

Partindo da concepção de gênero de Judith Butler, por ser também produto de um código social instituído usado para a regulação de corpos, o indivíduo, que não se conforma aos padrões de gênero impostos, sofre coerções de diversas ordens. Diante das novas discussões relacionadas à identidade de gênero, surge também uma nova preocupação na Ciência Penal: o cárcere está dando conta dessas demandas e das particularidades dos homens trans encarcerados?

O que se percebe é uma estrutura carcerária rígida baseada em um padrão binário e heteronormativo que não é capaz de lidar com as questões relacionadas à pauta de gênero e não se dá conta de que nem todos se encaixam nos padrões previamente instituídos. Assim, até mesmo as tentativas de inclusão, como a instauração da Resolução Conjunta de 15 de abril de 2014, têm sido feitas de maneira simplista, sob a égide de um discurso impensado e às pressas.

A preocupação gira em torno da parcela encarcerada de homens transexuais em razão do apagamento da sua existência e identidade. O artigo 4º da Resolução estabelece que eles devam ser mantidos em estabelecimentos prisionais femininos, e o poder público certamente avaliou e concluiu os riscos de mandá-los para penitenciárias masculinas. Deixá-los, todavia, nas femininas, abandonados à sua sorte, sem acompanhamento de psicólogos e especialistas que estudem os impactos da convivência com as outras mulheres encarceradas, para ambas as partes é irresponsável. Além disso, os homens transexuais, diferente das mulheres transe-

xuais e travestis que têm, hoje, a sua situação carcerária discutida pelos Tribunais brasileiros, estão esquecidos em suas celas pelo poder público.

Esse trabalho pretendeu questionar a capacidade do Direito Penal, especificamente do cárcere, de absorver e se adequar às novas demandas de gênero e sexualidade. Sabendo da sua falência, deveria ele criar novos espaços para abrigar a diversidade da modernidade em uma pretensa redução de danos? Fala-se em redução de danos porque as penas privativas de liberdade deixaram há muito de ser um meio eficaz de poder sancionador, sendo necessário repensar toda a estrutura punitiva; mesmo porque, sob um viés garantista, o Direito Penal deve agir como instrumento limitador do poder estatal e não como máquina de tortura contra aqueles que descumpriram a lei.

Por fim, além de questionar a estrutura e a eficácia do cárcere, este trabalho pretendeu fazer um alerta sobre uma parcela encarcerada que está esquecida pela sociedade e pelo poder público, tendo sua individualidade apagada e suas demandas desconsideradas: a de homens transexuais.

5 REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ato infracional: ambivalências e contradições no seu controle*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. *Execução penal e resistências*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- ARENDT, Hanna. *The Origins of Totalitarianism*. New York: HBJ, 1951.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. In: *Revista Jurídica da Presidência*, n. 116, v. 18, p. 481-506, 2017.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BRAVO, Remedios. Cuerpo y poder. Una conversación entre Foucault y Butler. In: *Dorsal. Revista de Estudios Foucaultianos*, n. 4, p. 63-85, 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º set. 2018.
- BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 1º set. 2018.
- BRASIL. Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. *Diário Oficial da União*, n. 74, 17 abr. 2014.
- BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismos e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalheite. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GOMES, Camilla de Magalhães. *Têmis Travesti: as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do "humano" no Direito*. 2017. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- MARQUES, Angela Cristina Sagueiro; MAYRINK, Ana Luisa. A potencialidade das roupas na expressão política e na subjetivação de mulheres trans. In: *Revista Novos Olhares*, n. 2, v 5, p. 7-24, 2016.

MISKOLCI, Richard. Corpos elétricos: do assujeitamento à estética da existência. *In: Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, 14(3), p. 27, p. 681-693, set./dez. 2006.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia, hierarquização e humilhação social. *In: VENTURINI, G.; BOKANY, V. (org.). Diversidade sexual e homofobia no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. p. 51-71.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira; SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos. Bodies, identities and violence: the gender and the human rights. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.083-1.112, June 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662017000201083&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jun. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

WOLFF, Maria Palma; FERREIRA, Guilherme Gomes. Vulnerabilidade penal no contexto das penas e medidas alternativas. *In: Somos – Comunicação, Saúde e Sexualidade. Construindo Elos: um debate sobre gênero, violência e direitos humanos em penas e medidas alternativas*. Porto Alegre: Somos, 2011. p. 47-55.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.9286>

DIREITOS HUMANOS, MÍDIA E REFÚGIO: Uma Análise sobre a Construção da Narrativa Acerca dos Migrantes Venezuelanos no Brasil

Denise Mercedes Nunez Nascimento Lopes Salles

Autora correspondente. Universidade Católica de Petrópolis. Rua Barão do Amazonas, 124 – Centro. Petrópolis/RJ, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/1594102305404307>. <https://orcid.org/0000-0002-0062-4740> CEP 25685-100. denise.salles@ucp.br

Flávia Rodrigues de Castro

Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Gustavo do Amaral Loureiro

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Brasil.

RESUMO

Este estudo parte do interesse sobre a imagem dos venezuelanos no Brasil, muitos dos quais escolheram dar entrada em solicitações de refúgio. Temos como objetivo a análise da representação midiática sobre os venezuelanos que cruzaram a fronteira norte do Brasil nos últimos anos, partindo de um caso específico como forma de suscitar discussões não só sobre a representação como uma forma de poder, mas também sobre injustiça por meio da operação de preconceitos identitários e estereótipos. Teoricamente, partimos da relação entre a política da piedade, tal como definida por Luc Boltanski (1999), e a visão ambivalente operada nas representações de refúgio e migração forçada. A metodologia compreende pesquisa empírica com a análise do período de agosto de 2018 que tem como referência os últimos ataques de brasileiros aos venezuelanos em Roraima. Para tanto, selecionamos três dos jornais de maior circulação no país, a saber: O Globo, Folha de São Paulo e Estadão, e sugerimos a realização de uma análise de conteúdo sobre os principais discursos articulados em torno da figura dos venezuelanos no período em estudo. Como resultado da análise, observamos que os confrontos entre venezuelanos e brasileiros, o aumento da criminalidade e da violência e os atentados de natureza xenófoba são tratados na mídia de forma que remete à ameaça para a segurança pública e fragilização do Estado brasileiro e não com um olhar focado na garantia de direitos humanos dos venezuelanos que recorrem ao país em busca de condições de sobrevivência.

Palavras-chave: refugiados; mídia; venezuelanos; política da piedade.

HUMAN RIGHTS, MEDIA AND REFUGEE:

AN ANALYSIS OF THE CONSTRUCTION OF THE NARRATIVE ABOUT VENEZUELAN MIGRANTS IN BRAZIL

ABSTRACT

This study is based on an interest in the image of Venezuelans in Brazil, many of whom chose to request refugee status. The objective of this paper is to analyze the media representation about the Venezuelans who crossed the northern border of Brazil in recent years, starting from a specific case as a way of prompting discussions not only about representation as a form of power, but also about injustice through the operation of identity biases and stereotypes. Theoretically, we start from the relations between the politics of pity, as defined by Boltanski (1999), and the ambivalent view of the representations of refugee and forced migration. The methodology comprises empirical research with the analysis of the period of August of 2018 as a reference to the last attacks on Venezuelans in Roraima. To do so, we selected three of the most widely circulated newspapers in the country, namely: O Globo, Folha de São Paulo and Estadão, and propose a content analysis on the main discourses articulated around the figure of the Venezuelans in the period under analysis. As a result of the analysis, we observe that the confrontations between Venezuelans and Brazilians, the increase of crime and violence and the attacks of a xenophobic nature are treated in the media in a way that refers to the threat to public safety and the weakening of the Brazilian State; and not with a focus on guaranteeing the human rights of Venezuelans who resort to the country in search of survival conditions.

Keywords: refugee; media; venezuelan; politics of pity.

Recebido em: 30/7/2019

Aceito em: 13/5/2021

1 INTRODUÇÃO

A figura do refugiado pode ser pensada por meio de uma série de processos sociológicos e burocráticos que operam de forma a constituir a imagem de quem é um sujeito em situação de refúgio. Nesse sentido, antes de pensar o refugiado como uma condição ontológica, dada *a priori*, e revelada mediante processos de determinação do *status*, é importante refletir sobre as diferentes formas pelas quais a figura do refugiado é constantemente (re)construída. Apesar das possibilidades distintas de análise, optamos neste artigo por uma investigação que parte do interesse sobre as representações midiáticas da figura do refugiado. De forma mais específica, procuramos analisar a exposição midiática a respeito do fluxo de venezuelanos que cruzaram a fronteira norte do Brasil – muitos dos quais escolheram dar entrada em solicitações de refúgio no território brasileiro.¹ Cabe ressaltar, assim, que faremos uso da categoria do refúgio a partir da inclusão nesta daqueles considerados solicitantes e, portanto, que ainda não tiveram seu *status* de refugiado reconhecido.

Temos como objetivo, então, a análise da representação midiática sobre o fluxo de venezuelanos que cruzaram a fronteira norte do Brasil, partindo de um caso específico como forma de suscitar discussões não só sobre a representação como uma forma de poder, mas também sobre injustiça por meio da operação de preconceitos identitários e estereótipos. Buscaremos, assim, analisar o período de um mês (agosto de 2018) que tem como referência os últimos ataques aos venezuelanos em Roraima.² Para tanto, selecionamos três dos jornais de maior circulação no país (O Globo, Folha de São Paulo e Estadão) e propusemos a realização de uma análise de conteúdo sobre os principais discursos articulados em torno da figura dos venezuelanos no período em estudo. Entendemos aqui a importância do uso da linguagem em processos constitutivos e partimos da premissa de que a sua utilização pode ajudar a manter ou desafiar discursos ou ideologias particulares sobre o mundo e as coisas. É nesse sentido também que partimos inicialmente da crítica à imagem ontológica da figura do refugiado e a percebemos como um processo de construção. Conforme adverte Foucault, discursos são práticas que sistematicamente formam os objetos dos quais falamos.

Faremos uso no artigo de uma análise de conteúdo que pode ser mais bem especificada como análise *corpora*, isto é, análise de um conjunto de textos digitalizados que constituem uma amostra representativa do fenômeno investigado. Cabe salientar que aquilo que chamamos de *corpora* é visto como um repositório de linguagem amplo o suficiente para revelar repetições ou padrões que podem ser sugestivos em relação a traços do discurso. Ainda que haja discordâncias sobre *corpora* como uma metodologia ou como uma teoria da linguagem

¹ Número de solicitações de refúgio de venezuelanos Segundo o Informe do Conare de 2018: 35.540 até o primeiro semestre de 2018.. Cf: <https://oglobo.globo.com/brasil/pedidos-de-refugio-de-venezuelanos-no-brasil-dobraram-em-seis-meses-22893216>.

² Em 17 de agosto de 2018 um comerciante de Pacaraima foi agredido e espancado e o ato foi atribuído a venezuelanos. Com isso, teve início um acirramento da violência na qual moradores da região se revoltaram contra os venezuelanos que buscam abrigo na cidade. “Refugiados venezuelanos foram atacados por brasileiros em Roraima. Moradores de Pacaraima destruíram acampamentos, bloquearam a fronteira e expulsaram imigrantes do Brasil. A tensão começou no início da manhã deste sábado (18). Com bombas caseiras e pedaços de pau, moradores de Pacaraima destruíram abrigos improvisados. Uma venezuelana teve documentos e objetos queimados e agora não sabe o que fazer. Imigrantes foram obrigados a deixar a cidade”. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/18/abrigo-de-venezuelanos-e-atacado-em-roraima-apos-assalto-a-comerciante.ghtml>

(ou ambos), o importante aqui é deixarmos claro que ela pode ser pensada como uma análise de um corpo (usualmente referido como *corpus*) de linguagem amplo e representativo, realizada a partir de *softwares* que ajudam o pesquisador a interpretar seus arquivos de texto. Apesar da necessidade de ferramentas computadorizadas específicas para fins de realização da análise, consideramos a presença subjetiva do pesquisador em todas as etapas do processo – desde a escolha e montagem do *corpus*, passando pela leitura e interpretação dos dados, até as conclusões e hipóteses daí derivadas. Temos, assim, a combinação de técnicas quantitativas e qualitativas de pesquisa, o que pode ajudar a trazer para o processo as potencialidades de ambas.

A escolha de um período de tempo específico em torno de um episódio recente e marcante no acolhimento aos venezuelanos na Região Norte do país justifica-se pelo interesse teórico em uma análise não somente sobre a representação como uma forma de poder (que poderia envolver uma análise geral sobre venezuelanos na mídia brasileira), mas sobre a injustiça por meio da operação de preconceitos identitários e estereótipos. Assim, neste trabalho, como proposto por Shanahan, McBeth e Hathaway (2011), enxergamos a centralidade das narrativas na vida política. Tais discursos são construídos com o intuito de influenciar a opinião pública, moldando percepções e identidades e podendo ser apresentados de diversas formas, inclusive como notícias e editoriais publicados por jornais e revistas.

O texto divide-se em três seções, além desta introdução. A segunda seção aborda teoricamente a relação entre a *política da piedade* (BOLTANSKI, 1999) e a vitimização operada nas representações de refúgio e migração forçada, bem como a criminalização do migrante por meio dos discursos políticos. A terceira parte apresenta o resultado da análise de conteúdo com o objetivo de avaliar quantitativa e qualitativamente a produção de significados sobre os venezuelanos na mídia nacional e a última parte tece as considerações finais da pesquisa.

2 A POLÍTICA DA PIEDADE E O EMUDECIMENTO DAS VÍTIMAS: Direitos Humanos e Representações de Refugiados

Ao recuperar a análise crítica feita por Hannah Arendt sobre o desenvolvimento de uma política da piedade como consequência da Revolução Francesa, Luc Boltanski (1999) amplia o conceito e explora a diferença entre uma política da justiça e a focada na piedade.

Para Arendt, uma consequência importante da reflexão pós-Revolução foi o abandono da questão da liberdade relacionada à forma de governo que a garantisse. Na política que se desprende desta transformação a distinção primordial é entre quem sofre e quem não sofre (os afortunados). Há, portanto, um foco no *espetáculo* do sofrimento e em sua observação pelos outros, os “sortudos”, e, assim, o centro da questão social passa a ser a observação e não a *ação*. Nesse sentido, a perspectiva da piedade negligencia a questão da liberdade, a qual só tem lugar, para Arendt, em um espaço público centrado na ação enquanto palavra, no debate entre iguais (ARENDR, 2010).

Boltanski relata que a política da piedade tem como consequência um distanciamento, pois generaliza aqueles que sofrem e os separa dos demais, tornando-os uma massa disforme. Nessa perspectiva são reforçadas as diferenças, as quais aparecem como estáticas e não há um questionamento da justiça ou injustiça que envolve a produção da diferença. O sofri-

mento do outro é tratado a distância; reforça-se a percepção de que a vítima, merecedora de piedade, é incapaz de sair dessa condição.

A novidade da figura da “piedade” é a da distância que se interpõe necessariamente entre o sofredor e os que se dão conta de seu sofrimento. (...) A “questão humanitária” moderna transporta o problema clássico do “bom samaritano” para um patamar diferente de engajamento e negociação. A sua transformação em uma “política” exige que o sofrimento seja tratado “a distância”, pois ele visa à “generalização” (que ocupa o lugar da “universalização” no jargão empirista). Mas, ao mesmo tempo, não pode prescindir da referência e evocação do “sofrimento” efetivo – preferencialmente coletivo – a partir do qual desenvolve sua panóplia discursiva e institucional (DUARTE, 1996, p. 165).

No contexto da ajuda humanitária internacional, Boltanski questiona a atuação das ONGs, e também da mídia, uma vez que estas Organizações Não Governamentais acabam atuando como intermediadoras entre o sofredor, objeto de piedade e o espectador que se mobiliza por intermédio da visão do sofrimento do outro, reiteradamente explorada pelas mesmas organizações e pela mídia. A questão é que o trabalho de mobilização do sofrimento feito pelas organizações faz-se por meio de inspirar a piedade a um outro distante geográfica e moralmente, uma vez que a ideia que se reforça por trás dessa forma de representar o sofredor é a da diferença entre afortunados e vítimas, e não a aproximação entre, por exemplo, pessoas com igual dignidade e direitos.

Assim, a política da piedade tem diferenças fundamentais com uma política da justiça. Isso porque esta última distingue os grandes e os pequenos e suas disputas, apoia-se na meritocracia e pressupõe um consenso acerca do justo. O administrador da cidade, na visão da política da justiça, empenha-se em resolver as disputas com base no princípio da equivalência e em critérios consensuais. Já na política da piedade os desafortunados são tornados massa para separá-los dos demais e inspirar a piedade. Assim, o foco da ação é a forma de acabar com o sofrimento destes que são apenas *objeto* da ação dos afortunados, o que negligencia as questões de justiça relativas aos sofredores e à produção do sofrimento (BOLTANSKI, 1999).

Prem Kumar Rajaram (2002) também faz uma reflexão crítica com relação ao modo como as agências humanitárias retratam os refugiados, muitas vezes os relegando a serem massas sem rosto nem voz própria. O autor ressalta que toda generalização sem cunho político bem como as narrativas que retratam os refugiados como vítimas indefesas, apenas agrupando histórias semelhantes, por exemplo, obscurecem a individualidade de cada uma das pessoas que buscam refúgio. O resultado do crescente humanitarismo e da forma de atuação da mídia é que os refugiados têm negado o direito a representar suas narrativas e aparecem, massificados, como vítimas mudas.

Malkki mostra como ocorre uma objetificação das experiências dos refugiados na caracterização destes como grupo que foi privado de suas fronteiras em um contexto histórico singular e reduzidos a normas e nomenclaturas relevantes apenas do ponto de vista do Estado. Assim, o refugiado, aquele que não tem mais cidadania, é emudecido e, portanto, necessita de alguém para falar por ele, o que, por sua vez, reforça o imaginário político que tem por centro o Estado. Este discurso de reduzir o refugiado a uma fisicalidade muda, segundo Malkki, ocorre para reforçar a sensação de humanidade universal e primordial, tratando os

refugiados como *vítimas universais*, o que dificulta enxergar que há indivíduos por trás dessas massas (MALKKI, 1996 apud RAJARAM, 2002, p. 248).

Como também ressalta Boltanski, toda essa objetificação evoca um sentimento de pena e empatia que tem como substrato uma “humanidade universal”. Este arquétipo torna-se, então, pronto para ser utilizado para outros propósitos, como fraudes e esquemas para angariar fundos, bem como para a propaganda do Estado “acolhedor”.

Importa salientar que Rajaram (2002) propõe uma forma de atuação diferenciada para as organizações humanitárias com o propósito de evitarem o emudecimento e a universalização objetificada da figura do refugiado. Para tanto, o autor reconhece que, como a identidade é uma produção, um novo humanitarismo pode surgir a partir do entendimento das necessidades pessoais dos refugiados e do reconhecimento de que eles são pessoas com suas histórias, desejos e cultura, assim como direitos. Afastar-se, portanto, das narrativas de vitimização e da exploração da imagem de mulheres e crianças, que reforçam a visão do refugiado como indefeso, é um caminho, assim como dar voz aos próprios refugiados.

O estudo quasi-experimental realizado por Shanahan, McBeth e Hathaway (2011) revela que, na turbulenta arena política em que indivíduos são expostos a incontáveis volumes de informações e assuntos, o discurso midiático pode exercer grande influência sobre a opinião pública, oferecendo à audiência elementos narrativos que auxiliem na interpretação de um determinado problema ou tópico a ser discutido. Dessa forma, narrativas são capazes de oferecer explicações ao público e, ao mesmo tempo, permitir que os indivíduos as interpretem e absorvam de formas particulares, desenvolvendo certa compreensão sobre como o mundo ou a sociedade em que estão inseridos deve progredir e qual seria seu papel a desempenhar neste processo (BRUNER, 1996; PATTERSON; MONROE, 1998).

Essas narrativas políticas são capazes de fortalecer opiniões alinhadas ao discurso propagado pelos veículos midiáticos e, simultaneamente, converter vozes divergentes ao oferecer um contraponto. A força desses discursos dependerá, principalmente, da capacidade de persuasão da narrativa em questão, ao se apropriar de certos elementos narrativos que podem torná-la mais atrativa ao público. A constituição de uma narrativa forte não se limita a identificar um problema, mas também desenha identidades e papéis para os atores inclusos nela, como a adoção de heróis e vilões e uma dramatização apropriada dessa dicotomia ou confronto. Em certos casos, pesquisas no campo da Psicologia indicam que narrativas políticas são capazes de exercer maior influência sobre a opinião pública do que fatos científicos, mostrando a capacidade que estas dramatizações possuem para moldar as percepções dos indivíduos e, em maior escala, da sociedade como um conjunto (SHANAHAN; MCBETH; HATHAWAY, 2011).

No contexto do refúgio diversos atores são mobilizados no discurso midiático em que a figura dos migrantes e refugiados é constantemente (re)construída de acordo com os interesses e com o poder em jogo.

No campo jurídico internacional os direitos civis e sociais dos migrantes, estrangeiros e naturalizados estão cada vez mais protegidos no mundo por meio de documentos internacionais de direitos humanos desde a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, de 1948. No campo dos direitos políticos e da efetivação dos direitos individuais e sociais, no entanto, a realidade ainda é muito distante do marco legislativo. Como assinala Benhabib (2012), esses

avanços acabaram gerando paradoxalmente uma exclusão ainda maior dos refugiados e dos requerentes de refúgio, que acabam não sendo beneficiados pela difusão dessas normas cosmopolitanas.

Assim, os migrantes indesejados são usados, em muitos países, como mão de obra barata, vistos como possíveis “terroristas” e, cada vez mais, considerados “inimigos” do Estado, visão que veio sendo (re)construída de forma complementar pela forma como a mídia retrata os refugiados, e, principalmente, pela atuação de políticos, que tornaram os migrantes objeto da política: especialmente para isentar o Estado da provisão de bens e serviços aos seus nacionais, com o discurso de que os imigrantes estão inchando os serviços públicos e o mercado de trabalho, e é isso que não permite que o Estado garanta direitos sociais e econômicos básicos a todos (JAROCHINSKI SILVA; ALVES, 2017).

Nesse embate, o migrante fica cada vez mais sem proteção, pois reforça-se a centralidade da soberania estatal e da cidadania e os movimentos segregacionistas, tanto internos quanto externos, renovam o contraponto com as normas internacionais de direitos humanos (BENHABIB, 2012).

O respeito aos direitos humanos e a preocupação com a garantia de direitos fundamentais tornam-se secundários diante de uma perspectiva que determina os países e aqueles que eles escolhem chamar de seus como os elementos maiores a serem protegidos. Para a realização desse objetivo, tudo é permitido, desde que feito pelo Estado (JAROCHINSKI SILVA; ALVES, 2017).

Importa salientar que as categorizações em torno de sujeitos migrantes reforçam a sua separação e a exclusão. Os migrantes são vistos, muitas vezes, como ora *irregulares*, ora, mais grave, ilegais ou clandestinos. Como irregular ou ilegal o imigrante não pode utilizar os serviços oferecidos pelo Estado em que se encontra, o que acaba por deixá-lo em situação frágil, posto que, sem proteção, o imigrante não encontra outra forma de sobrevivência a não ser por meio da aceitação de empregos em condições precárias com salários injustos, tornando-se assim, “vítimas de um sistema cada vez mais institucionalizado de exclusão e desumanização” (JAROCHINSKI SILVA; ALVES, 2017, p. 113).

A determinação de um estrangeiro como imigrante parte de uma decisão política, que leva em consideração inúmeros critérios sociais, econômicos e culturais, mas que se encontra intimamente carregada de uma percepção em que a imigração é vista como um problema e não como um direito (Guild, 2009, p. 14). Migrar é um direito humano fundamental, que consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (nos artigos 13 e 14) da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. (...) A realidade que se impõe, no entanto, muitas vezes desconsidera esses direitos e trata o imigrante como um elemento ameaçador e criminoso. Principalmente se ele se encontra em situação migratória irregular (JAROCHINSKI SILVA; ALVES, 2017, p. 115).

A criminalização do migrante e seu tratamento como inimigo, bem como sua consequente marginalização da sociedade, estão associados ao processo de reafirmação da soberania do Estado. É este quem decide quem é cidadão, detentor de direitos, e quais aqueles que, não compartilhando do direito a ter direitos (ARENDRT, 2010) serão banidos da sociedade e não terão acesso a serviços básicos e à liberdade. A partir de justificativas baseadas em ques-

tões de segurança, o Estado criminaliza o migrante para reforçar seu poder soberano (JAROCHINSKI SILVA; ALVES, 2017; BENHABIB, 2012).

3 OS VENEZUELANOS NA MÍDIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA PRODUÇÃO DE SIGNIFICADOS

A análise *corpus* da pesquisa contou com artigos de texto do Estadão, Folha de São Paulo e O Globo, no mês de agosto de 2018, a fim de que fosse possível analisar os padrões de representação de parte significativa da mídia brasileira em relação aos venezuelanos no país, especialmente no momento em que episódios de violência e xenofobia foram praticados contra tal população na fronteira norte. Para tanto, fizemos uso de um *software* chamado Ant-Conc, que permitiu a análise e interpretação de 55 artigos, com um total de 53.595 palavras. O termo de busca utilizado foi “venezuelan*”, que abarca o termo “venezuelano” em suas variações (venezuelano(a)(s)), com um total de aparição nos textos do material da pesquisa de 491 vezes. Apesar de o *software* empregado permitir a adoção de técnicas quantitativas cruciais, como contagem de frequências, cabe ressaltar que também é fundamental o uso de técnicas qualitativas, uma vez que os pesquisadores devem interpretar as frases e palavras em seus contextos. Dessa maneira, ressaltamos aqui o papel central dos pesquisadores na análise dos dados e informações, com a sua participação em investigações manuais e detalhadas das chamadas linhas de concordância, isto é, as frases que contêm o termo de busca pesquisado.

Em um primeiro momento, fizemos uso de um *corpus* de referência de tamanho similar, porém sobre um tema distinto, a fim de que fosse possível gerar a chamada *keyword list*, isto é, a lista de palavras-chave do *corpus* da pesquisa. Somente a partir do emprego do *corpus* de referência podemos visualizar as palavras e termos que aparecem de forma central nos arquivos com os quais trabalhamos, sendo possível ordená-los por ordem de frequência. Assim, a Tabela 1 traz os resultados das palavras-chave mais frequentes no *corpus* da pesquisa:

Tabela 1 – *Keyword List* por Frequência

| Keyword | Frequência |
|--------------|--------------|
| Venezuelanos | 396 |
| Roraima | 277 |
| Governo | 264 |
| Fronteira | 202 |
| Pacaraima | 165 |
| Imigrantes | 131 |
| Crise | 113 |
| Refugiados | 100 |
| Total | 1.517 |

Fonte: Os autores.

Por meio da lista de palavras-chave é possível constatar, de início, a alta frequência de termos que chamam a atenção para a fronteira norte do país, onde se encontra grande parte dos venezuelanos (mesmo após início de um processo de interiorização voluntária de tais sujeitos). Da mesma maneira, temos referências frequentes ao governo, à ideia de crise e aos termos “imigrantes” e “refugiados”, o que poderia indicar preocupações com a ação governamental a ser tomada diante do cenário caótico do fluxo de pessoas em busca de refúgio no país ou de melhores condições de vida. Uma análise mais aprofundada, porém, só é possível a partir de outros instrumentos e técnicas de pesquisa que iremos abordar nas próximas páginas.

Após a análise e produção da *keyword list*, fizemos uso de uma ferramenta essencial que aborda a chamada *collocation*. Por meio dessa abordagem é possível identificar os termos que coocorrem no material da pesquisa, podendo apresentar padrões na forma como determinado tema é exposto. Nesse sentido, uma relação frequente entre os termos “imigrante” e “ilegal”, por exemplo, produzem o *collocate* “imigrante ilegal”, que traz consigo uma forma particular de representar o fenômeno da imigração. Tendo isso em mente, produzimos uma lista dos principais *collocates* associados à direita e à esquerda do nosso termo de busca, “venezuelan*”, analisando as construções mais frequentes em termos de representação desses sujeitos. A Tabela 2 a seguir expõe os resultados encontrados:

Tabela 2 – *Collocates* por Frequência

| Collocates | Frequência |
|-------------------|-------------------|
| Imigrantes | 37 |
| Roraima | 31 |
| Mil | 27 |
| Refugiados | 26 |
| Fronteira | 16 |
| Entrada | 14 |
| Crise | 10 |
| Total | 161 |

Fonte: Os autores.

A lista dos principais *collocates* por frequência no *corpus* da pesquisa aponta para a similaridade com a lista de palavras-chave já abordada anteriormente, com a ressonância de termos relacionados à situação na fronteira norte do país e o emprego do vocabulário da crise. Além disso, podemos visualizar aqui referências à quantidade de venezuelanos e ao seu movimento de entrada e cruzamento de fronteiras. O termo “imigrantes” aparece de maneira mais frequente em comparação ao termo “refugiados”, o que poderia indicar uma determinada tendência na representação dessas pessoas no que diz respeito ao seu *status* migratório. A fim, no entanto, de realizar interpretações mais aprofundadas, propomos a seguir uma análise menos quantitativa e mais qualitativa, a partir da observação detalhada das linhas de concordância do material.

A análise das linhas de concordância parte de uma interpretação manual e detalhada de cada uma das 491 frases em que o termo de busca da pesquisa aparece. De forma a tornar mais claro para o leitor o processo de análise *corpus*, cabe ressaltar aqui que o *software* utilizado apresenta o termo “venezuelan*” em destaque no centro de cada uma das frases que aparecem no material, com algumas das palavras mais próximas à direita e à esquerda do termo. Ao clicar sobre o termo de busca, o programa permite a leitura do texto completo, fazendo com que seja possível interpretar os resultados a partir da análise de um contexto mais amplo no qual o termo foi empregado. Tendo isso em mente, apresentamos a seguir os principais resultados comentados, destacando o papel subjetivo dos pesquisadores na análise qualitativa do material.

De início, cabe ressaltar que a análise da concordância no *corpus* fez emergir padrões de referência que indicam o uso de números para abordar o fluxo venezuelano. Dessa maneira, poderíamos pensar em uma categoria “quantidade” que aparece como fundamental na representação dos venezuelanos, indicando um alto número do êxodo populacional. Tais números são utilizados, na maior parte dos casos, para fazer referência à entrada dos venezuelanos no Brasil, bem como à quantidade abrigada em Roraima e Pacaraima, na Região Norte do país. Conforme vemos em um dos textos que comenta a situação em Pacaraima, um dos moradores afirma que “os venezuelanos tomaram conta”. Também ganham destaque menções ao número de venezuelanos atendidos em estabelecimentos públicos brasileiros e o que este quadro causaria de incômodo à população brasileira em termos de superlotação em atendimento e prestação de serviços. Conforme é possível perceber em um dos textos: “O maior impacto foi na saúde. No Hospital Geral de Roraima, o número de atendimentos a venezuelanos subiu 2.643%”. De maneira geral, há referências constantes à entrada diária de um número elevado de venezuelanos – um cenário que é contraposto à falta de infraestrutura em Roraima para recebê-los. Além disso, é feita uma comparação entre o número de brasileiros e venezuelanos atendidos pelo poder público, com a afirmação de que: “De janeiro a junho, foram atendidos mais venezuelanos do que brasileiros nas unidades básicas de saúde da cidade de Boa Vista”.

Ainda no contexto da categoria “quantidade”, é possível identificar padrões de referência à situação de desemprego vivida pelos venezuelanos no norte do Brasil, ao seu estado de (des)alojamento, tendo em vista suas moradias improvisadas (muitas vezes em ruas e calçadas), bem como à atuação de alguns venezuelanos como pedintes nas ruas. Em um dos textos compilados pela pesquisa, um morador de Roraima afirma que: “Em qualquer supermercado ou serviço público tem venezuelanos abordando as pessoas, pedindo dinheiro”. Em outro trecho que faz menção à Boa Vista, lemos que: “Agora, a cidade de 320 mil habitantes convive com 30 mil venezuelanos, sendo que 2.000 dormem nas calçadas, ao relento, e os outros moram em abrigos ou espremidos em quartos alugados insalubres”. Convidada a comentar as afirmações, a prefeita de Boa Vista, Teresa Surita (MDB), afirma: “As pessoas reclamam muito porque elas perderam os seus espaços”. Neste contexto quantitativo que reforça a imagem da crise, também vemos referências constantes à falta de medicamentos em razão do elevado número de atendimentos a venezuelanos, assim como à proliferação de doenças trazidas pelo fluxo populacional: “O sarampo, que havia sido eliminado, voltou. Até 10 de agosto, Roraima já tinha 296 casos confirmados, sendo 201 de venezuelanos”.

Os números aparecem, assim, como referências constantes em alguns cenários específicos: para relatar a entrada de venezuelanos no Brasil, para mencionar a superlotação causada em instituições públicas, para indicar novos surtos de doenças trazidas pela população da Venezuela e para retratar a falta de estrutura para receber estes fluxos novos. Nesse sentido, ter de lidar com a situação de espólio e escassez na qual se encontram os venezuelanos que chegam ao país emerge como um incômodo para os brasileiros. Ao mesmo tempo, o desafio do relacionamento com a alteridade, com este “outro espoliado”, é tratado por lideranças políticas do país como um sentimento de “perda de espaço” por parte dos brasileiros. Não foram encontradas referências, porém, à responsabilidade dos órgãos públicos na formulação de políticas e criação de estruturas para atender às necessidades daqueles que chegam, fugindo de um cenário de violência e privação de direitos humanos que ocorre na Venezuela.

Os padrões de representação não envolvem somente a categoria “quantidade”, abordada nos parágrafos anteriores, mas também uma categoria que poderíamos chamar de “crise”. Assim, a referência à situação venezuelana traz não apenas números e porcentagens, mas também um vocabulário da crise, o qual é, em grande medida, reforçado pela imagem dos grandes números. Temos, então, padrões de referência à crise venezuelana como a “maior crise humanitária que o Brasil já enfrentou”. A crise também é constantemente mencionada como uma crise pontual, em Roraima, corroborando as ideias anteriores trazidas pela utilização dos números para retratar uma realidade caótica na fronteira norte. Termos usados de maneira frequente no material compilado também fazem referência à “crise migratória” como problema a ser solucionado pelo governo brasileiro. De forma menos acentuada, temos referências à crise como um conflito que ocorre na Venezuela, em razão da situação política e econômica no país. O padrão de representação, porém, traz a ideia de uma crise migratória da perspectiva brasileira, isto é, que afeta primordialmente o país que recebe o fluxo de venezuelanos. Assim como ocorre de forma geral no discurso da crise dentro do campo do refúgio e das migrações, a perspectiva comumente empregada é dos países que deveriam receber os fluxos migratórios – apenas em menor medida vemos referências à crise a partir da perspectiva dos países de origem dos imigrantes e refugiados.

O quadro de crise também é articulado à relação entre brasileiros e venezuelanos, com frequentes menções aos ataques xenófobos contra os imigrantes e refugiados da Venezuela. Tal quadro, porém, é retratado em um cenário maior no qual a própria relação entre os nacionais e os imigrantes é questionada, com a exposição de relatos de violência e crimes supostamente provocados por venezuelanos. Nesse sentido, atos de xenofobia são representados como parte dos embates entre os dois grupos, conforme lemos: “Pacaraima se transformou em uma zona de conflitos entre brasileiros e venezuelanos neste sábado (18).” Algumas manchetes afirmam, então, que “venezuelanos e brasileiros se confrontam em Roraima”. Os textos passam a trazer, assim, relatos de brasileiros que teriam sido agredidos por venezuelanos e que afirmam que haveria grupos de brasileiros cercados pelos imigrantes. Mais relatos afirmam que “a cidade está um caos”. O contexto caótico, porém, não é atribuído a atos de violência contra venezuelanos, mas ao elevado número de pessoas em um local sem estrutura para recebê-los, o que estaria levando ao conflito entre os grupos.

Por último, mas não menos importante, é possível identificar padrões de representação que trazem discursos sobre o cenário de crise no norte do país como algo que deveria

impulsionar medidas restritivas aos fluxos dessa população venezuelana. Em alguns textos, após as notícias sobre o “confronto entre brasileiros e venezuelanos”, há menções à fala de autoridades políticas sobre a suposta necessidade de suspender temporariamente o ingresso dos imigrantes e refugiados, com o fechamento da fronteira. É trazido, então, o discurso do senador Romero Jucá (MDB-RR) sobre sua proposta, encaminhada ao presidente Temer, de fechamento temporário da fronteira de Roraima com a Venezuela, especialmente em Pacaraima. Segundo ele: “Tenho discutido uma solução para essa questão da migração desenfreada em Roraima, estudei soluções que estão sendo feitas no mundo todo”. Parte da solução, no entendimento de Jucá, seria o estabelecimento de cotas para venezuelanos no Brasil. Dessa maneira, a fim de lidar com o cenário de crise, conforme relatado nos parágrafos anteriores, parte da solução proposta é impedir o fluxo de venezuelanos que buscam refúgio e melhores condições de vida no Brasil. Novamente não vemos discussão sobre a formulação de políticas públicas para atender não só à população local de brasileiros, melhorando seu acesso aos serviços públicos, mas também aos venezuelanos que buscam abrigo no país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo trabalhamos com uma perspectiva analítica para decompor a construção de um discurso que emudece e massifica “os venezuelanos” que buscam refúgio no país. Sob esse viés, não há espaço para a voz dos migrantes e suas histórias pessoais são continuamente construídas e reforçadas por meio do olhar único lançado sobre eles pela mídia nacional, o qual não parte da construção que os migrantes fazem de sua história e de sua realidade social e política, mas sim da categorização do venezuelano que cruza a fronteira feita de forma despersonalizada, criminalizatória e excludente.

Ao inserir esta discussão aos estudos sobre refúgio, podemos observar, assim como destacado por Rajaram (2002), que há uma tendência das agências humanitárias internacionais de representar os refugiados como massas de vítimas e pessoas que sofrem enormes perdas, o que, de uma certa forma, os emudece e nega seu direito de apresentar suas próprias narrativas. Esse olhar, por sua vez, é encampado por um discurso político que toma o migrante como objeto para a política, e, assim, opõe os migrantes aos nacionais, identificando-os como vilões, ameaças potenciais à segurança nacional e mesmo à capacidade do Estado em prover direitos aos seus cidadãos (JAROCHINSKI SILVA; ALVES, 2017).

Ao realizar uma análise de conteúdo nos artigos publicados por três dos jornais de maior circulação no país, é possível observar que a mídia brasileira tende a reproduzir este mesmo discurso “vilanificador” dos migrantes venezuelanos. O foco midiático na necessidade por intervenção estatal para resolver “a realidade caótica” criada pelos movimentos migratórios na fronteira com Roraima, na maioria das vezes, reflete o drama venezuelano – a vulnerabilização de seus cidadãos, que são forçados a recorrer à migração em busca de sobrevivência ou condições de vida mais adequadas – como um problema para o Brasil, que é obrigado a conviver com um fluxo migratório constante. A preocupação não parece ser, genuinamente, com o sofrimento da população migrante, mas sim com o caos que produz no território brasileiro.

Isto pode ser evidenciado com a forma em que são empregadas as constantes menções à quantidade: o desemprego, desalojamento, ocupação dos espaços e serviços públicos são ameaças à população local (aos cidadãos brasileiros), uma vez que a capacidade do Es-

tado para garantir tais serviços para os locais estaria fragilizada, mas em poucos momentos demonstra-se uma preocupação exclusivamente voltada aos migrantes venezuelanos, que necessitariam de auxílio humanitário. Os confrontos entre venezuelanos e brasileiros, o aumento da criminalidade e da violência e os atentados de natureza xenófoba, por sua vez, são todos ilustrados de forma que remetem à ameaça para a segurança pública, fragilizando, mais uma vez, o Estado.

As referências aos conflitos são frequentemente seguidas por menções de autoridades políticas que buscam restringir o acesso destes migrantes e aumentar o controle fronteiriço. A proposta seria, então, impedir o fluxo de venezuelanos de chegar ao Brasil para não causar problemas aos brasileiros, em vez de formular políticas focadas no acesso aos serviços públicos, ao trabalho e à moradia, tanto para locais quanto para os migrantes, a fim de reduzir a situação de vulnerabilidade para ambos e, ao mesmo tempo, garantir que aqueles que são forçados a fugir de seu país de origem possam ter abrigo.

Verifica-se também que o olhar das agências humanitárias tem pouca ou nenhuma reverberação na mídia nacional, não chegando, assim, a se constituir como uma voz mobilizadora da política da piedade para com os refugiados venezuelanos.

O trabalho da mídia, como disposto no período de tempo proposto por este estudo, pareceu estar muito mais centrado na construção de uma narrativa capaz de moldar a opinião pública (SHANAHAN; MCBETH; HATHAWAY, 2011) de forma a ultrajar os migrantes venezuelanos, mesmo que indiretamente, como efeito colateral de uma oposição política ao regime político da Venezuela. Nessa ótica, o Estado deveria agir para proteger os cidadãos brasileiros destes elementos nocivos, e a intervenção estatal precisaria funcionar para reduzir a migração em vez de melhorar os serviços públicos e oferecer assistência humanitária aos mais vulneráveis.

5 REFERÊNCIAS

- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitanas?: Repensando a cidadania em tempos voláteis. *Civitas*, v. 12, n. 1, p. 20-46, Porto Alegre, 2012.
- BOLTANSKI, Luc. *Distant Suffering: Morality, Media and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- BRUNER, Jerome. *The Culture of Education*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DUARTE, Luiz Fernando D. Distanciamento, reflexividade e interiorização da pessoa no ocidente. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 163-176, out. 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010493131996000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 dez. 2018.
- JAROCHINSKI SILVA, João C.; ALVES, L. A. Categorização, exclusão e criminalização das migrações internacionais. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 5, p. 111-126, 2017.
- PATTERSON, Molly; MONROE, Kristen Renwick. Narrative in political science. *Annual Review of Political Science*, v. 1, p. 315–331, 1998.
- RAJARAM, Prem Kumar. Humanitarianism and representations of refugees. *Journal of Refugee Studies*, 15(3): 247-264, 2002.
- SHANAHAN, Elizabeth A.; MCBETH, Mark K.; HATHAWAY, Paul L. Narrative Policy Framework: The Influence of Media Policy Narratives on Public Opinion. *Politics & Policy*, v. 39, n. 3, 2011, p. 373-400.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.12352>

A HOSPITALIDADE COMO FUNDAMENTO TEÓRICO-FILOSÓFICO DE UMA CIDADANIA COSMOPOLITA PARA REFUGIADOS

André Leonardo Copetti Santos

Autor correspondente. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí –
Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Rua do Comércio, 3000 – Bairro Universitário. Ijuí/RS, Brasil. CEP 98700-000.
<http://lattes.cnpq.br/5126982210763673>. <https://orcid.org/0000-0003-1087-1195>. andre.leonardo@unijui.edu.br

Lucas Vianna

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Ijuí/RS, Brasil.

RESUMO

O presente estudo, baseado em uma tétrede filosófica como parâmetro teórico, visa a investigar o desafio ético do acolhimento de refugiados e analisar os fundamentos e complexidades que envolvem a hospitalidade, com o propósito de dimensionar alternativas filosóficas viáveis para a consolidação da solidariedade a partir da releitura do conceito de pessoa humana e a convivência multicultural. Para isso, é feito um exame comparativo dos conceitos de cosmopolitismo em Kant, alteridade em Lévinas e Buber, hospitalidade em Derrida e multiculturalismo em Taylor, a fim de demonstrar as limitações de cada perspectiva e estabelecer o instituto do refúgio como uma exigência de humanidade. Com isso, buscamos, nessas novas bases teóricas e filosóficas, a justificativa de processos normativos para a regulação de modelos de cidadania que transcendam os parâmetros nacionais, para uma acomodação plural das diásporas contemporâneas.

Palavras-chave: refúgio; hospitalidade; Derrida; Taylor; Lévinas.

HOSPITALITY AS A THEORETICAL-PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF A COSMOPOLITE CITIZENSHIP FOR REFUGEES

ABSTRACT

The presente paper, starting from a philosophical tetrad, as a theoretical parameter, aims to investigate the ethical challenge of welcoming refugees and to analyze the fundamentals and complexities that involve hospitality, with the purpose of dimensioning philosophical alternatives viable for the consolidation of solidarity from the re-reading of the concept of human person and multicultural coexistence. To this end, it developed a comparative analysis of the Kant's cosmopolitanism, Lévinas and Buber's otherness, Derrida's hospitality and Taylor's multiculturalism, with the aim to evaluate the limitations of each perspective and settle the institution of refuge as an exigence of humanity. With this, this search seeks, in these new theoretical and philosophical bases, the justification of normative processes for the regulation of models of citizenship that transcend national parameters, for a plural accommodation of contemporary diasporas.

Keywords: refuge; hospitality; Derrida; Taylor; Lévinas.

Recebido em: 24/5/2021

Aceito em: 7/6/2021

1 INTRODUÇÃO

Em um dos capítulos pertencentes à coleção de crônicas publicadas nos jornais franceses *Libération* e *Le Monde*, Thomas Piketty discute os efeitos da crise migratória na Europa e conclui com a afirmativa de que, se a Europa instituisse uma melhor política de moratória da dívida pública, reativação econômica, investimento em educação e infraestrutura, então o continente teria todos os meios para ser mais receptivo aos refugiados (PIKETTY, 2017, p. 64). Além disso, noutra direção, estudos psiquiátricos constataram que a saúde emocional e mental dos refugiados é fragilizada devido ao trauma relacionado às circunstâncias que impõem o pedido de refugiado (SILOVE; VENTEVOGEL; REES, 2017). Assim, verifica-se que a questão da crise migratória encontra entraves nas estruturas macroeconômicas, nos arranjos político-partidários e nas esferas nacional e supranacional, mas não se manifesta apenas nas relações sociais e políticas, invadindo a dimensão mais íntima e pessoal de cada sujeito.

Na realidade, como foi mostrado anteriormente, a justificativa para este estudo repousa no fato de que as causas e efeitos relevantes para a questão dos migrantes e refugiados não se restringem aos aspectos econômicos, jurídicos, políticos e sociais, o que leva à pesquisa filosófica abrangente. Como a hospitalidade tem contato com o *éthos* social (DERRIDA, 1997b, p. 42), o presente estudo pretende investigar o desafio ético de proteger os refugiados, passando pelos fundamentos e complexidades que envolvem a hospitalidade, com o propósito de encontrar alternativas viáveis para a consolidação da solidariedade a partir da releitura da identidade ocidental e da convivência multicultural.

Como ponto de partida, (1) expõe-se o cosmopolitismo como conceito e como projeto político, com ênfase na concepção kantiana, na qual a hospitalidade não seria simplesmente uma virtude, mas um direito (KANT, 1998, p. 27). Posteriormente, (2) o itinerário filosófico segue em outra trajetória, em busca do contraponto para o exercício da crítica, empreendendo a fenomenologia de Lévinas e Buber, críticos ao idealismo racionalista como insuficiente para a fundamentação de uma ética intersubjetiva, defendendo, em seu lugar, as concepções de alteridade radical e interpelação ética; (3) em sentido semelhante, aborda-se o filósofo desconstrucionista Jacques Derrida, que faz uma abordagem fenomenológico-filosófica do objeto (ZAGALO, 2006), o que o leva a pensar a hospitalidade a partir da ética, entendendo-a como pertencente à ordem da pura dádiva e externa às noções comuns de formas jurídicas e políticas; (4) ao final, para encerrar esse giro epistemológico, dados os preconceitos e estereótipos formulados sobre os refugiados, busca-se investigar o multiculturalismo, proposto por Charles Taylor, como parâmetro teórico para reflexão sobre identidades culturais¹.

2 COSMOPOLITISMO E HOSPITALIDADE EM KANT

Um ponto comum nas discussões sobre as crises migratórias – que ocorrem tanto na Europa quanto na América Latina – é a estrutura política dos Estados nacionais (e as conse-

¹ Ressalva-se que este estudo pretende oferecer uma reflexão ampla, mas não exaustiva, sobre as complexidades do desafio ético de proteção do estrangeiro e as alternativas dialógicas para a compreensão do problema. Naturalmente, a hipótese aqui sustentada não se pretende que se consuma totalmente, pois “governar uma sociedade contemporânea é reconstruir continuamente o equilíbrio entre as demandas [...], encontrando novas soluções criativas sempre que as velhas sistematizações deixam de funcionar. Está escrito nas próprias coisas que não pode haver uma solução definitiva” (TAYLOR, 1991, p. 111).

quências que dela decorrem). Dos conflitos armados, que são a principal causa da saída de grandes populações, ao acolhimento de refugiados, os Estados nacionais, como estruturas de poder, são peças que definem o jogo, por assim dizer.

Ao, no entanto, seguir os rastros que conduzem aos fundamentos éticos que sustentam as garantias fundamentais promulgadas por diversos tratados internacionais, é evidente que os direitos humanos se sobrepõem às estruturas políticas nacionais, posto que estão vinculados à dignidade constitutiva inerente à estrutura ontológica de cada indivíduo². Dignidade que, por sua vez, não é definida pelas convenções sociais, mas é anterior e apenas por elas reconhecida. Em outras palavras, a dignidade determina um mínimo que foi removido da arbitrariedade do poder político e, portanto, não pode ser anulado ou relativizado (SPAEMANN, 1988, p. 13-14). Assim, no quadro das discussões sobre a dignidade humana, investigar *exclusivamente* a responsabilidade dos Estados nacionais parece ser um método epistemológico insuficiente, logo inadequado.

Nesse sentido, o presente estudo apresenta, como uma das alternativas, o paradigma cosmopolita que, na forma de uma concepção filosófica, trabalha com o caráter de *cidadão do mundo* e se mostra suficientemente afastado das convenções de fronteira e arranjos de poder que, de alguma forma, parecem condicionar a dignidade humana. Além disso, na forma de projeto político, o cosmopolitismo parece ser capaz de fornecer mecanismos de governança global, como será explicado a seguir.

2.1 As origens gregas da tradição cosmopolita

A partir da história das ideias, as origens do cosmopolitismo podem ser rastreadas até a escola dos cínicos e estoicos gregos³. Entre eles, reconhecidamente os cínicos foram os primeiros a propor essas ideias, afirmando, com Diógenes de Sinope (412-323 AEC), que todas as formas de convenções sociais deveriam ser rejeitadas. Tal atitude está aliada ao modo de vida dos cínicos, um modo de vida que pregava a falta de amor por todos os bens materiais e cujo propósito era a vida de acordo com uma ordem racional que regula o mundo (SCUCCIMARRA, 2006, p. 13). Assim, a filosofia cínica não era apenas um modo de vida ou um protesto contra a ordem estabelecida, mas, também, em certo sentido, uma filosofia política, uma crítica das instituições dominantes e uma sugestão para a reorganização radical da sociedade.

Os traços mais marcantes dessa tendência filosófica são cunhados na resposta icônica de Diógenes, que, quando questionado sobre sua origem, afirmava ser “*um cidadão do mundo*” (*kosmopolítés*) (BREDLOW, 2007, p. 5). Para algumas interpretações, essa foi a primeira afirmação sobre o princípio universal da tolerância, que fala sobre a solidariedade devida à humanidade e a fraternidade comum a todos os homens, independentemente dos critérios de pertencimento a uma comunidade específica (LONG, 2008). Objetivamente, porém, é possível observar que, para Diógenes, sua afirmativa era uma forma de expressar que não se entendia

² Por meio de uma hermenêutica analógica da condição de pessoa, é possível falar da sacralidade e da dignidade do próprio ser humano em uma cultura não unitária permeada por um fluxo variável de opiniões (JOAS, 2012, p. 86-87).

³ Já na literatura contemporânea, a temática pode ser avaliada a partir de autores como Beck (2006, 2007), Habermas (1997, 2001), Harvey (2009) e Held (1995, 2005, 2010).

restrito à sua cidade natal por algum tipo de obrigação⁴. Pode-se destacar, também, que esse comportamento foi uma reação a todos os tipos de coerção que a sociedade impôs aos indivíduos, pois, de fato, o cosmopolitismo cínico representava um ideal “individualista e dissociativo”, baseado no exercício de autocontrole e libertação das falsas necessidades induzidas pela sociedade (SCUCCIMARRA, 2006, p. 43). Em suma, o senso de cosmopolitismo de Diógenes e seus seguidores cínicos significava, propriamente, que todos os tipos de pertencimento aos costumes locais deveriam ser abdicados, em vez de uma associação universal da razão humana.

Em continuidade com a genealogia cosmopolita na Grécia, têm-se os estoicos influenciados pelo legado cínico, embora tenham desenvolvido uma versão muito original de cosmopolitismo. Isso porque, nesse ponto, o pano de fundo histórico e sociopolítico é marcado pela queda das cidades-estado gregas e a ascensão do Império Romano (séculos 4^o-III AEC). Em um momento histórico em que as leis humanas perdem sua eficácia e não são mais capazes de compensar as contradições da vida real, o construto cosmogônico é que deve fornecer o exemplo de legalidade e ordem dos fenômenos. Desse modo, o mundo transforma-se em cidade universal (*cosmopolis*) para os filósofos estoicos, pois a estrutura equilibrada e a harmonia que a permeia são o resultado de uma racionalidade supranatural, segundo a qual as ações dos homens devem ser reguladas. Os estoicos, no entanto, não sustentam uma refutação abstrata da política convencional, como fizeram Diógenes e os cínicos; e aqui está sua originalidade. A moral estoica, assim como o seu cosmopolitismo, é uma moral que visa a aplicar regras universais ao acordo do comportamento humano com a harmonia do universo, para qualquer contexto particular, na consciência da imperfeição da realidade concreta e da necessária intervenção do filósofo para modificá-lo.

Na continuidade, partindo do pressuposto de leis universais que regem a justiça e todos os homens, Zenão de Cítio (336-264 AEC), fundador do estoicismo, formulou suas teses cosmopolitas, como se vê no comentário do historiador grego Plutarco:

[...] a tão admirada República de Zenão, o fundador da escola estóica, pode se resumir neste único princípio: que todos os habitantes de nosso mundo não devem viver de forma diferente de acordo com as respectivas regras de justiça de várias cidades e comunidades, mas todos os homens devem ser considerados como pertencentes a uma comunidade e a um governo, e devemos ter uma vida em comum e uma ordem comum a todos nós [...] (1962, p. 329).

Com efeito, a contribuição da filosofia estoica consiste, por um lado, na afirmação de que toda a humanidade forma uma comunidade única e, conseqüentemente, todas as pessoas gozam de um estatuto moral idêntico (HAYDEN, 2005, p. 15). Por outro lado, a fraqueza – ou lacuna – dos estoicos reside no fato de não terem sido capazes de oferecer uma concepção concreta das normas, dos agentes e das instituições de uma comunidade política global. É enfatizado, portanto, que sua filosofia permaneceu apenas uma perspectiva ética geral do mundo.

⁴ Nesse contexto, é importante destacar, também, que Diógenes, apesar de ter respondido negativamente, não disse que não pertencia a nenhuma cidade. A verdade é que ele afirmava seu pertencimento e sua submissão ao universo e rejeitava qualquer tipo denexo que pudesse ligá-lo a uma cidade (MOLES, 1996, p. 109). Além disso, outro esclarecimento pertinente é que a recusa em viver de acordo com as leis da cidade não implica qualquer responsabilidade ética pela criação de instituições alternativas (LONG, 2008, p. 54).

Essa ideia de cidadania mundial do pensamento estoico, no entanto, apreende os dois principais aspectos do cosmopolitismo – e que são de grande importância para a hipótese sustentada por este estudo: (i) o primeiro, que endossa uma tese sobre *identidade*, indica que um indivíduo é marcado ou influenciado por várias culturas⁵; (ii) o segundo aspecto, que implica uma tese sobre a *responsabilidade*, do ponto de vista ético, orienta o indivíduo para além do óbvio, do lugar, destacando as obrigações para com aqueles que não conhecem e com quem não estabelecem relações afetivas estreitas (SYPNOWICH, 2005, p. 55-57).

2.2 O cosmopolitismo kantiano e o direito à hospitalidade

A estrutura cosmopolita, como anteriormente mencionada, teve seus fundamentos éticos lançados na Grécia e, na era do Iluminismo (séculos 17-18), esse conceito recebeu novos contornos teóricos e filosóficos. O Iluminismo representou, no entanto, um novo paradigma ideológico sobre o homem, a sociedade e a natureza, que desafiou concepções preexistentes baseadas em uma visão de mundo tradicional fortemente marcada pelo Cristianismo. Para os iluministas, a ciência era o epítome da razão iluminada que levaria a sociedade humana a um nível mais iluminado e progressivo. Nesse contexto de intercâmbio intelectual em escala quase global, filósofos e cientistas se consideravam cosmopolitas, cidadãos que realmente valorizavam a humanidade acima de seu país ou do grupo ao qual estavam vinculados (GAY, 1995, p. 13).

Nesse recorte temporal, destaca-se a figura de Immanuel Kant (1724-1804), cujas teorias cosmopolitas do Direito e da justiça ainda são relevantes na contemporaneidade. Kant, portanto, é considerado o verdadeiro fundador do cosmopolitismo moderno, pois manteve a ideia de cidadania da humanidade como um todo ao insistir na importância de conhecer o homem como cidadão do mundo (CHEAH, 2006, p. 487). Além disso, Kant foi um dos primeiros pensadores a colocar as ambiguidades dos níveis crescentes de inter-relação no centro de uma história universal com aspirações cosmopolitas, afirma Linklater (2010, p. 23). Se, por um lado, a ampliação dos laços sociais traria vantagens comerciais e culturais, sendo possível também mitigar a violação dos direitos humanos pela força da lei, por outro o estreitamento entre as sociedades humanas possibilitaria o poder e o abuso do mais forte sobre o mais fraco.

Uma das principais características da filosofia de Kant, portanto, é a importância de uma cultura cosmopolita para influenciar um sentimento de pertencimento à humanidade. Assim, o chamado *ius cosmopolitanum* representa um complemento necessário ao direito público, em geral contribuindo para a paz perpétua entre os Estados. Sobre isso, Kant escreve:

Como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos próxima) entre os povos da terra, que a violação do direito em um ponto da terra repercute em todos os demais, a ideia de um direito cosmopolita não é uma representação fantástica ou extravagante, mas antes completa o código não escrito do direito político e do direito das nações em um direito público da humanidade, sendo um complemento da paz perpétua, por se tornar a condição para uma abordagem contínua dela (1998, p. 30).

⁵ Esse ponto será abordado ao se discutir o multiculturalismo em Charles Taylor, mais tarde.

Agora, deve-se notar que Kant acredita que a paz, em seu sentido completo – e, portanto, perpétua –, requer que o direito público seja executado em três níveis: (i) o *constitucional*, (ii) o *internacional* e (iii) o *cosmopolita*.

O primeiro consiste nos três poderes (soberano, legislativo e executivo) que uma República – em oposição a um Estado déspota – deve manter em equilíbrio para a harmonia e a paz entre os cidadãos.

No segundo nível, o internacional, Kant (1998, p. 21-26) sugere o estabelecimento de uma liga de Estados não coercitiva, mas voluntária.

Já no terceiro nível, o cosmopolita, Kant propõe o direito à hospitalidade e, num primeiro momento, o faz sob a forma de um princípio moral. Nesse sentido, é interessante notar que a hospitalidade, associada a uma ordenança, é um ponto recorrente na literatura. A clássica narrativa do século 8º AEC, *Odisseia*⁶, por exemplo – na qual “Zeus é o vingador de suplicantes e hóspedes” (HOMERO, 2014, IX, 270)⁷ –, conta que Ulisses foi recebido na casa de Eumeu com hospitalidade, embora não tenha sido reconhecido. Ulisses agradece e conclui: “Que Zeus te dê, anfitrião, e os outros deuses imortais, o que mais desejas, pois, solícito, me recebeste”, ao que Eumeu responde: “Estranho, não é minha norma desonrar um estranho, nem se pior que tu chegasse; de fato, sob Zeus estão todos os estranhos e mendigos” (HOMERO, 2014, XIV, 53-58). É basicamente nessa linha que Kant argumenta sobre a hospitalidade, como princípio moral, em *A Metafísica dos Costumes*, onde se percebem os deveres éticos estabelecidos em uma filosofia da alteridade.

É no sentido jurídico da hospitalidade, no entanto, que reside a originalidade de Kant, uma vez que, de acordo com Benhabib (2004, p. 28-29), o direito à hospitalidade resulta em ambivalência moral e jurídica, uma vez que o filósofo de Königsberg não especifica se representa um dever moral relacionado ao reconhecimento dos direitos da humanidade de cada pessoa ou se este dever de receber o estrangeiro e não rejeitar seu direito de permanência temporária implica ações que vão além do dever jurídico e ético das nações. O direito à hospitalidade envolve, portanto, uma exigência moral com possíveis consequências jurídicas, no sentido de que a obrigação dos Estados acolhedores de proporcionar residência temporária aos estrangeiros sustenta-se numa ordem cosmopolita republicana.

Essa ambivalência moral e jurídica – segundo a hipótese do presente estudo – pode ser aplicada à situação de refugiados e expatriados. Benhabib (2004) levanta questões pertinentes sobre este problema: os direitos dessas pessoas banidas de sua terra natal constituem direitos que implicam obrigações morais recíprocas, ancoradas na mútua humanidade? Ou esses direitos representarão reivindicações legais pelo fato de constituírem normas de comportamento forçadas, seguidas tanto por indivíduos quanto por Estados-nação soberanos?

⁶ Richard P. Martin (2014) afirma que para apreciar integralmente a postura ética da *Odisseia*, é necessário observar o elo entre justiça e hospitalidade. Com insistência, o poema põe em primeiro plano o tema da *xenia* (a relação hóspede-anfitrião) e a trama se desenrola em razão dessa ideia. Zeus, a divindade suprema, leva o título especial de *Xenios* para denotar seu papel como protetor de estrangeiros, pelo que qualquer infração representava uma ofensa a ele. Ademais, os personagens são julgados pela maneira como exercem o ideal do tratamento adequado a estranhos. *Xenia*, em resumo, representaria a epítome da moralidade da *Odisseia*.

⁷ Referência aos cantos (divisão tradicional do tamanho de capítulos) e versos que compõem o poema épico.

Kant não esclarece essas dúvidas aplicadas à sua época, mas também hoje essas questões são complexas e de difícil solução.

Kant, em resumo, entendia que todos gozavam do direito universal à liberdade igual e à livre-escolha individual. O indivíduo, como entidade racional, deve ser capaz de orientar sua vida por meio de princípios, baseados em pressupostos morais universais expressos, por exemplo, na obrigação de garantir abrigo ou residência temporária a cada ser humano. Aqui se percebe, então, um parâmetro ético-político razoável para refletir sobre a recepção do refugiado. Ao todo, considerando algumas lacunas remanescentes, segue-se para as análises fenomenológicas de Lévinas e Buber.

3 PRINCÍPIO DIALÓGICO E ALTERIDADE EM LEVINAS E BUBER

Observou-se que, no campo do idealismo Iluminista, Kant ofereceu contributos amplamente originais para a construção da ideia de hospitalidade. Com vistas a concretizar a análise multifocal que se pretende empreender no presente estudo, passa-se a um exame sob a perspectiva da fenomenologia a partir dos filósofos Martin Buber e Emmanuel Lévinas.

3.1 A alteridade radical em Emmanuel Lévinas

Emmanuel Lévinas foi um filósofo de cidadania francesa, nascido na Lituânia, no seio de uma família judaica, influenciado grandemente por outros fenomenologistas como Edmund Husserl (de cujas obras foi tradutor) e Martin Heidegger. Lévinas destacou-se, principalmente, pelo giro copernicano que opera na filosofia moral de sua época, ao localizar a ética como precedente à ontologia e à metafísica (BRESOLIN, 2013). A maioria das construções filosóficas, até então, iniciava com uma análise ontológica ou metafísica da natureza humana, geralmente de caráter substancialista, para, daí, construir um conjunto de valores éticos decorrentes.

Esse é o tipo de silogismo dominante desde a filosofia aristotélica, recepcionada posteriormente por Boécio, que, a fim de assentar os deveres que se mantêm em relação ao próximo, definiu primeiramente a “pessoa” como uma “substância individual de natureza racional” (BOÉCIO, 2005, p. 282). Kant (1995), por sua vez, ao distinguir pessoas e coisas, escreve que “os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, [...] é um objeto do respeito (KANT, 1995, p. 65, grifo nosso). Esse enfoque na ontologia é herança da linguagem grega, que “tem no verbo ‘ser’ sua essência mais profunda, o essencial de sua auto-compreensão. No verbo ‘ser’, cruzam-se todos os sentidos e suas possibilidades” (SOUZA, 2000, p. 212).

Como bem observa Bianca Antunes Cortes (2005, p. 40), a consequência de tais raciocínios, radicados no predicado grego de primazia do *logos* no pensamento, é uma “separação entre o ato de conhecer e o ‘para quê se conhece’”, um “esquecimento do outro”, que tem por consequência que “a moral fica relegada a um corolário de uma filosofia [...] que tem o Eu como centro de um movimento centrípeto”, de maneira que a ética “pode ser quando muito uma ‘moral de freio’, diplomacias e concordatas entre os diversos Eus de uma sociedade”. Ora, “qualquer observador mais perspicaz constatará que isto não é ética, é correlação de forças” (CORTES, 2005, p. 40). Essa é a única “ética” que pode decorrer de um paradigma de Estado de Natureza, como proposto por Hobbes e Rousseau.

Lévinas, por outro lado, inverte o silogismo racionalista ao partir da ideia da humanidade e da dignidade do outro como pressupostas em sentido radical, por meio de uma hermenêutica não analítica, mas relacional. Ao fazê-lo, apresenta “uma concepção particular de ética, compreendida como o permanente reconhecimento do outro, que nos antecede e faz com que sejamos alguém” (COELHO JÚNIOR, 2008, p. 213). Assim, em vez de laborar sobre raciocínios materialistas, Lévinas vivifica a filosofia ao trazer os temas da alteridade e da interpelação ética, invocando “uma reflexão ética sobre o reconhecimento e acolhimento litúrgico da alteridade absoluta do outro”; litúrgico porque “a interpelação rompe com todos os paradigmas da certeza lógica e da fundamentação última” (SIDEKUM, 2005, p. 116). Para Lévinas, portanto, a filosofia primeira não é a ontologia, mas a ética (BRESOLIN, 2013).

Tal inversão deriva da concepção de que “o ontológico, a dimensão do ser, deve sua existência e obtém seu sentido a partir da necessidade da justiça na ordem trans-ontológica”, sendo essa justiça que “introduz a medida e a sincronia na ordem diacrônica da experiência ética primitiva entre a subjetividade nascente e a alteridade” (TORRES, 2007, p. 152). Assim, na ética levinasiana, diferentemente da kantiana, “emerge um novo imperativo categórico que, mesmo além da condição de ser anterior a todo pensamento e a toda fundamentação, põe a interpelação ética como princípio da justiça” (SIDEKUM, 2005, p. 118).

Nesse sentido, Lévinas rejeita a ideia de construir uma ética a partir da análise ontológica ou metafísica da substância [*ousia*] alheia, defendendo, por outro lado, a apreciação e o reconhecimento do outro em sua *radical alteridade* (CORTES, 2005). Assim, ao lidar com os deveres éticos em relação ao outro, “não posso ‘instituí-lo’ por comparação, por analogia, nem por projeção ou introjeção, tampouco por processos de fusão afetiva”, posto que tais aproximações “excluem a possibilidade do reconhecimento do outro em sua diferença, em geral reduzindo o outro a mim mesmo, ou concebendo sua existência à minha imagem e semelhança” (COELHO JÚNIOR, 2008, p. 216). Ao fazê-lo, já reduzo sua dignidade na medida em que o aproximo como objeto e não como sujeito (TORRES, 2007).

O adequado tratamento intersubjetivo deve, na visão levinasiana, pressupor a alteridade de forma absoluta: “A relação entre o Outro e eu, não termina em número nem no conceito. O Outro permanece infinitamente transcendente, na epifania de seu rosto ele me chama e me interpela. A alteridade absoluta do Outro me interpela como vítima” (SIDEKUM, 2005, p. 118). Esse reconhecimento ético, portanto, não é obtido por intermédio de raciocínios dedutivos ou analíticos, mas – nas palavras de Buber (2006) – por meio do confronto Eu-Tu, da face do outro que me demanda: “O rosto do próximo significa para mim uma responsabilidade irrecusável, precedendo todo consentimento livre, todo pacto, todo contrato. Escapa a representação; é o próprio colapso da fenomenalidade” (LÉVINAS, 2010, p. 141). A filosofia moral “não precisa de uma filosofia da consciência para fundamentar e construir o eu para depois construir e fundamentar a ética. Alguma coisa me interpela e me obriga a ser responsável por tal” (BRESOLIN, 2013, p. 167).

Desse modo, não é a metafísica que define a ética, mas a ética que é constitutiva da ontologia e do próprio sujeito: “A subjetividade, a razão, e o próprio ser, devem sua existência a um momento trans-ontológico. O trans-ontológico não é, pois, simplesmente uma realidade paralela ao ontológico, senão que serve de fundamento a este” (TORRES, 2007, p. 151). A ética de Lévinas “não aparece aqui como suplemento de uma base existencial prévia; é na éti-

ca entendida como responsabilidade que se funda o próprio núcleo do subjetivo” (LÉVINAS, 1997, p. 1). A inversão silogística encontra seu ápice, portanto, na compreensão da alteridade como núcleo constitutivo do próprio ente, da necessidade do *outro* para minha configuração como ser humano: “eticamente não há subjetividade sem que haja antes uma alteridade radical que a possibilite” (COELHO JÚNIOR, 2008, p. 213).

3.2 A Epifania “Eu-Tu” em Martin Buber

Em sentido bem semelhante laborou Martin Buber, outro fenomenologista também nascido em uma família judaica, e que, em sua obra intitulada “Eu e Tu”, também defende que a construção da subjetividade opera-se em sua comunicação intersubjetiva: “Não há Eu isolado; o Eu realiza-se no encontro com o TU” (VON ZUBEN, 2015, p. 946). Para Buber, no entendimento de Cortes, “não é a partir de sua solidão que o Eu organiza e compreende a realidade. Na origem está um encontro, e é a partir desse encontro que o Eu se torna Eu” (CORTES, 2005, p. 36).

Buber também realça, em consonância com Lévinas, que a atitude do interlocutor nesse encontro não pode visar à análise ontológica ou metafísica da outra parte, pois isso seria uma objetificação do Outro (MARTINS, 2010). Nesse ponto, Lévinas e Buber aproximaram-se da noção contemporânea de colonização do ser, ao demonstrar que a ontologia pode também servir como uma filosofia de poder (TORRES, 2007). Assim, Buber distingue “duas atitudes, duas palavras-princípio, os pares de vocábulos Eu-Tu e Eu-Isso; são dois mundos”, que não podem ser confundidos: “Eu-Isso é a atitude de objetivação do outro, de utilização e de experimentação. O mundo do Isso é coerente no espaço e no tempo. A atitude Eu-Tu estabelece o encontro dialógico” (VON ZUBEN, 2015, p. 946).

Ambas as posturas são complementares: “‘Eu-Tu’ e ‘Eu-Isso’ são dimensões constitutivas do homem; não se trata de uma questão de opção. ‘Eu-Tu’ e ‘Eu-Isso’ são caminhos, são modos pelos quais o homem se realiza no mundo” (CORTES, 2005, p. 36). O problema é quando se utiliza a lógica descritiva no encontro dialógico, o que conduz a uma objetificação do outro: “o homem não pode viver sem o ‘isso’, mas o homem que vive somente com o ‘isso’ não é homem” (BUBER, 1979, p. 39).

A dimensão dialógica da pessoa, portanto, tanto é sua constitutiva ontológica, como também desempenha uma função qualificadora de caráter teleológico do ser humano. Na filosofia de Buber (1982, p. 152), apenas “quando há dois homens, dos quais cada um, ao ter o outro em mente, tem em mente ao mesmo tempo a coisa elevada que a este é destinada e que serve ao cumprimento do seu destino”, ambos com uma postura que não pretende “impor ao outro algo da sua própria realização”, é aí “que se manifesta de uma forma encarnada toda a glória dinâmica do ser do homem.” O reconhecimento dessa teleologia compartilhada condiciona o encontro Eu-Tu e delimita a liberdade de atuação dos entes envolvidos, uma vez que “somente [...] na relação em que se tem em vista a grandeza da vocação à qual o outro é chamado no âmbito da criação, aparece o ser humano que deve realizar o seu ser-próprio e manifestar sua verdadeira natureza humana” (MARTINS, 2010, p. 36).

É importante realçar que a subordinação que os autores fazem da metafísica e da ontologia à ética não implica submissão da realidade à volição. O fato de que “a tensão das possibilidades relacionais é constitutiva da vida de cada um de nós [...] não significa que a rea-

lidade seja fruto da minha (da sua) vontade. Mas, a partir da minha (da sua) liberdade, tenho responsabilidade pelo modo de relação de minha vida” (CORTES, 2005, p. 36).

Por fim, deve-se observar que não basta um reconhecimento abstrato da dignidade alheia, situado no campo metafísico, para a substanciação da ética interpessoal. Sem o entendimento do dever intersubjetivo de generosidade, não há a concretização da alteridade. Nesse norte, Torres (2007, p. 151) explica que Lévinas “concebe o ‘dar’ como um ato metafísico que torna possível a comunicação entre o sujeito e o Outro, assim como também a emergência de um mundo em comum”, bem como que “sem o ‘dar’ ao Outro não haveria subjetividade propriamente falando, assim como sem o receber do outro não haveria racionalidade nem conceitos.”

É aqui que se situa, pois, o entrecruzamento entre o princípio dialógico, a responsabilidade dele decorrente e a ética da hospitalidade que é o objeto mais amplo do presente artigo. Isso porque não há apreciação da alteridade se esta situa-se apenas no campo teórico, desvinculada das necessidades do Outro, de um Outro que não é meramente uma “substância individual de natureza racional”, mas um ser humano de carne e osso, com necessidades carnis precipuaente fenomenológicas:

O Dasein em Levinas tem fome, sofre as penúrias da contingência existencial e inclina-se para a alteridade. [...] O ato de alimentar-se é o primeiro ato moral. A pessoa que se alimenta recebe da bondade do outro o alimento; por exemplo, na relação entre recém-nascido e mãe, com a família e mais tarde num âmbito social mais abrangente, a sociedade na qual a pessoa vive. Como, ao ser alimentado, houve a satisfação de uma necessidade que possibilita irromper na vida, assim isso ocorre na economia, num momento seguinte. Essa experiência fenomenológica da satisfação das necessidades e do rompimento do egoísmo provoca a primeira experiência ética do ser humano, que é encontrar-se com a alteridade do outro. É uma experiência fenomenológica (SIDEKUM, 2005, p. 119).

Não há, pois, filosofia ética sem a preocupação genuína com as necessidades do outro. Não há humanidade quando um dos humanos da relação passa fome.

4 A HOSPITALIDADE EM DERRIDA

Dadas as características desconstrucionistas que compõem a produção de Jacques Derrida (1930-2004), pensar a hospitalidade a partir desse filósofo implica expor o tema – e o sujeito que faz a análise – a um mundo de possibilidades e complexidades. Isso porque Derrida, em certa dimensão, foi um “estrangeiro”. Mesmo quando questionado sobre sua identidade nacional, se argelino ou francês, afirmou ser francês, argelino e judeu (MATOS, 1998, p. 99). Em outro momento, no início de seu texto sobre cosmopolitismo ele se identifica como um “cidadão do mundo” (DERRIDA, 1997a, p. 11). Isso leva à hipótese de que sua origem possivelmente o influenciou a levantar questões agudas sobre ser ou sentir-se “estrangeiro”. Além de motivar suas reflexões, porém, Derrida inovou nos estudos e nas concepções sobre cosmopolitismo e hospitalidade, criando novos paradigmas – ou agregando novas variáveis – para seu entendimento.

Distanciando-se da tônica kantiana, da hospitalidade como lei e direito, o filósofo franco-argelino optou pela abordagem ética. Para Derrida, restringir a hospitalidade ao direito, sujeito à lógica jurídica, implica sua redução à condição de dispositivo revogável, dependen-

te da soberania da lei e da força do Estado (DERRIDA, 1997b, 1999). Desse modo, pensar a hospitalidade nos termos da proposta derridiana significa pensar essa possibilidade sem condições. A lei incondicional da hospitalidade – que por si se pretende pré-ética, pré-legal e pré-política –, no entanto, é impossível de receber nos moldes da hospitalidade sem, portanto, ser corrompida. Isso porque o hóspede, na figura do visitante, ou do Outro absoluto⁸, ou do refugiado abrigado, pode trazer consigo o bem e o mal, amizade e violência. Desse modo, a *aporia* reside justamente na constatação de que existe um domínio irreconciliável, expresso como lei singular, universal e, ao mesmo tempo, lei particular e condicional. Na hipótese de Derrida, porém, a possibilidade de hospitalidade será amparada pela *im*-possibilidade. Em outras palavras, para que a hospitalidade incondicional seja viável, ela deve ser entendida por meio da perspectiva desconstrucionista de superação de oposições binárias metafísicas.

4.1 A lei e as leis da hospitalidade

No pensamento derridiano a questão da hospitalidade – também chamada de questão *sobre o estrangeiro* ou de questão *do estrangeiro* (*la question de l'étranger*) – está sempre ligada à questão da responsabilidade (DERRIDA, 1997b). A sua análise, portanto, está vinculada a uma reflexão sobre direito e dever, direito e justiça e, conseqüentemente, também conexa a um pensamento sobre política. Ao mesmo tempo, contudo, a questão da hospitalidade é um questionamento do conceito clássico de hospitalidade. Denota-se, portanto, que se trata de repensar as relações que se tecem entre direito e justiça, bem como de apostar na promessa de uma política impossível que coloca a hospitalidade no centro e não a hostilidade. Agora, considerando que este trabalho tem um suporte escasso pela extensão e complexidade das proposições derridianas, este texto trata de algumas formas de hospitalidade apontadas por Derrida, com destaque para aquelas que mais colaboram com a proposta do presente trabalho.

Um ponto fundamental a ser observado é que o conceito de hospitalidade derridiano contém uma *aporia* insolúvel percebida na confluência entre o *condicional* e o *incondicional*. Derrida traduz a *Lei* da hospitalidade como uma lei incondicional e ilimitada, como a oferta do lar a quem chega, ao estrangeiro da subjetividade. Mais do que isso, a Lei da Hospitalidade se oferece, sim, sem pedir seu nome, nem indenização, nem cumprimento de condição mínima (DERRIDA, 1997b, p. 29). Assim, a *Lei* da hospitalidade contrapõe-se às *leis* da hospitalidade, que tratam de direitos e deveres sempre condicionados e condicionais, conforme determinado pelos Tratados e Convenções de relações internacionais. Com efeito, entre a hospitalidade condicionada e a Lei da hospitalidade absoluta, oferecida sem condição e sem dever, existe, ao mesmo tempo, uma heterogeneidade e uma inseparabilidade. Há uma pervertibilidade irreduzível entre ambas, como aponta Derrida (2006). A hospitalidade justa, dada ao outro absoluto, desloca e perverte as leis da hospitalidade jurídica, oferecida por pacto ou convenção, da qual é, “porém, íntima e inseparável” (DERRIDA, 2006, p. 31).

⁸ Hospitalidade é a exposição incondicional e incalculável ao que acontece, ao advento do que vem ou, como lecionava Derrida, “seja quem for”. É o acontecimento singular, excepcional e surpreendente do que vem ou acontece. Derrida chama isso de “absolutamente outro” ou “outro absoluto”, porque é único e absolutamente separado do horizonte intencional e da dimensão cronológica. Acolhê-lo é acolher para além da capacidade do próprio ato de acolher.

Desse modo, a lei incondicional e as leis condicionadas da hospitalidade se movem e se chocam, pelo que se pode afirmar que estão contaminadas. O fato é que, em síntese, *as leis* da hospitalidade limitam, impondo direitos e deveres, e, assim, violam continuamente *a lei* da hospitalidade que “mandaria dar ao recém-chegado um acolhimento sem condição”. Ao mesmo tempo, no entanto, Derrida (2006) escreve:

A lei incondicional da hospitalidade precisa de leis, exige-as. Esta exigência é constitutiva. A lei não seria efetivamente incondicional, se não se tornasse efetiva, concreta, determinada [...] Correria o risco de ser abstrata, utópica, ilusória e, portanto, seu contrário. Para ser o que é, a lei precisa, portanto, das leis que, no entanto, a negam, em todo caso a ameaçam, às vezes a corrompem ou pervertem. E devem sempre poder fazê-lo. Porque essa perversibilidade é essencial, irreduzível [...] É o preço da perfectibilidade das leis. E, portanto, de sua historicidade. Reciprocamente, as leis condicionais deixariam de ser leis de hospitalidade se não fossem guiadas, inspiradas, aspiradas, mesmo exigidas, pela lei da hospitalidade incondicional (p. 83).

Desse modo, pode-se perceber que essa hospitalidade contraditória, paradoxal e difícil, concebida por Derrida, tenta romper ou dissociar-se do conceito mais tradicional de hospitalidade e da própria tradição dentro da qual a hospitalidade foi postulada em seu sentido clássico: isto é, pensado na ilustração do dono de uma casa, de seu próprio lugar, portador da lei da casa, que momentaneamente abriria suas portas para receber o outro, constituindo-se como sujeito soberano por meio desse ato.

4.2 Caridade e tolerância em Derrida

Intimamente ligados a essa concepção clássica estão, ainda, os conceitos de “caridade” e “tolerância”, que Derrida busca desconstruir. A tolerância seria o inverso da hospitalidade ou, em todo caso, o seu limite. “Se acredito que sou hospitaleiro porque sou tolerante, é porque quero limitar o meu acolhimento, manter o poder e controlar os limites da ‘minha casa’ [*chez moi*], da minha soberania, do meu ‘eu posso’” (DERRIDA, 2004, p. 135). Além disso, Derrida escreve que a tolerância estaria sempre do lado da “razão do mais forte”, pois seria “uma marca suplementar de soberania”, “a cara amiga da soberania que diz, das suas alturas, ao outro: deixo-te viver, tu não és insuportável, abro-te um lugar na minha casa, mas não te esqueças: estou na minha casa (DERRIDA, 2004, p. 138).

Dessa forma, Derrida vai além do sentido comum e hegemônico de hospitalidade ao pensar a hospitalidade incondicional fora do que chama de “lógica do convite”, que se entende nos limites de um convite que oferece acolhimento com base na condição de o hóspede estar em conformidade com os regulamentos. Do ponto de vista derridiano, a hospitalidade, justa e incondicional, está previamente aberta para aqueles que não são esperados ou convidados, para aqueles que chegam como absolutamente estranhos, não identificáveis e imprevisíveis na chegada, e o outro completamente diferente. Não se pode ignorar, no entanto, que a hospitalidade da visita sempre traz o risco de morte. Desse modo, o presente da hospitalidade requer um processo de crescente dessubjetivação. Requer a “entrega de si mesmo”; que o sujeito se ofereça como dádiva. Consequentemente, trata-se de ir além da lógica econômica do reconhecimento – segundo a qual a dádiva é fonte constitutiva de sujeitos idênticos e

identificáveis. Para que haja dádiva, ela deve ser sem reconhecimento, nem por parte do doador tampouco por parte do destinatário.

Para dizer a verdade, a dádiva não deve sequer aparecer ou significar, consciente ou inconscientemente, como tal perante os donatários, sejam eles sujeitos individuais ou coletivos. Tão logo a dádiva apareça como [...] como tal, como o que é, em seu fenômeno, seu significado e sua essência, estarão envolvidos em uma estrutura simbólica, sacrificial ou econômica que anulará a dádiva no círculo ritual da dívida. A mera intenção de dar é [...] suficiente para tomar a reciprocidade como certa. A mera consciência da dádiva devolve imediatamente a si mesma a imagem gratificante do bem ou da generosidade, do ser-doador que, conhecendo-se como tal, se reconhece circulando, especulativamente, numa espécie de auto-reconhecimento, de aprovação de si e de gratidão narcisista (DERRIDA, 1995, p. 32).

Assim, segundo Derrida, é necessário que o presente (da hospitalidade) ultrapasse a lógica do cálculo econômico, típica do direito da casa e da família. O dom deve persistir como não econômico, e isso não porque seja completamente estranho ao círculo econômico, mas porque guarda com ele uma relação de estranheza familiar. Para se oferecer um verdadeiro presente – a exemplo do presente da hospitalidade –, porém, é necessário calcular, selecionar, filtrar, sacrificar (DERRIDA, 2000)⁹. Logo, o que deveria ser, por essência, incalculável tem que se submeter às leis do cálculo que o negam e pervertem.

O caminho percorrido até aqui, portanto, conduziu este estudo às mais inconciliáveis complexidades do desafio ético de acolher o estrangeiro, para o qual é necessário investigar alternativas éticas para o conflito de convivência.

5 MULTICULTURALISMO EM TAYLOR E A COEXISTÊNCIA

A noção de multiculturalismo é hoje cada vez mais utilizada, não só no meio acadêmico e político, mas também na vida cotidiana, por um leque diversificado de indivíduos, de forma que o seu significado está associado a diferentes significados, o que não contribui em nada para esclarecer seu significado (HALL, 2003, p. 51). Da mesma forma que acontece com as abordagens teóricas da política, da moral, das instituições democráticas, das normas jurídicas, etc., uma teoria “multicultural” pode privilegiar tanto uma perspectiva descritiva quanto prescritiva. No primeiro caso, pretende-se especialmente expor fenômenos que ocorrem na sociedade, explicar a realidade, enquanto, no segundo caso, o objetivo é prescrever, determinar formas corretas ou mais razoáveis, legítimas, pelas quais certas situações devem ser organizadas – esclarecendo que as abordagens teóricas podem naturalmente combinar as duas perspectivas. Nesta parte do texto a abordagem teórica prescritiva do multiculturalismo é privilegiada, mais especificamente no contexto das propostas de Charles Taylor, que destacou a necessidade de o direito ao reconhecimento e o direito à identidade convergirem para uma dignidade universal (LUKŠIČ HACIN, 2016, p. 80). Dada a extensão das abordagens

⁹ Sobre isso, Derrida (2000, p. 70) afirma que “o paradoxo, o escândalo, a aporia nada mais são do que o sacrifício: a exposição do pensamento conceitual ao seu limite, à sua morte e finitude. A partir do momento que estou em uma relação com o outro, com o olhar, com o pedido, com o amor, com o chamado do outro, sei que só posso responder sacrificando a ética, isto é, o que me obriga a responder também da mesma forma, no mesmo momento, a todos os outros. Eu dou (a) morte, perjúrio, por isso não preciso levantar a faca sobre meu filho no cume do monte Moriá”.

de Taylor, como foi feito na parte sobre Derrida, este estudo manterá o foco apenas em algumas dimensões do todo.

5.1 A antropologia filosófica e o juízo tayloriano sobre a modernidade

Para concretizar a proposta deste estudo, faz-se necessária uma reflexão sobre a antropologia filosófica de Taylor, que permita um melhor entendimento de sua posição diante das aporias da modernidade. Diante disso, denota-se que toda a obra de Taylor é marcada pela tentativa de desmascarar os limites da antropologia empirista. É profunda a sua convicção de que as “ciências humanas” não podem basear-se no modelo naturalista das “ciências exatas”, porque a pessoa, o ser humano, transcende e ultrapassa as categorias objetivistas das ciências naturais. Para Taylor, fazer “ciência do homem” significa interpretar sem desconsiderar as motivações do sujeito e sua própria autointerpretação.

A identidade humana sempre se configura, em Taylor, sobre os fundamentos de uma ontologia do bem moral. A questão é reconhecer que, além das preferências individuais e convenções sociais, existe um plano axiológico com o qual o sujeito moral, em qualquer caso, também inconscientemente se enfrenta, para adquirir um sentido cheio de sua própria identidade. O fundamento ontológico da ideia do bem é, portanto, para Taylor, a condição para o fundamento da identidade pessoal (NEPI, 2000, p. 74).

Além disso, “o mundo moral tayloriano é um mundo de significados, de coisas que estão em nossos corações, de motivações” (COSTA, 2001, p. 105). É exatamente por isso que o dilema central da cultura moderna, para Taylor, é a perda de horizontes de valores transcendentais, compartilhados e vivenciados objetivamente (HONNETH, 1996, p. 41). Como o limite maior da cultura contemporânea é o individualismo, a solução que Taylor propõe pode ser definida como “uma espécie de hermenêutica que salva as conexões comunitárias, nas quais foi originalmente depositada o ideal de autenticidade” (HONNETH, 1996, p. 40). Assim, a autorrealização autêntica, capaz de promover plenamente o ser humano, não pode prescindir dos horizontes de valores comunitários, subentendidos na natureza intrínseca dialógica e relacional do ser humano.

5.2 As relações dialógicas e a construção da identidade

No centro da antropologia de Taylor está, como já foi dito, uma perspectiva dialógica da pessoa e de sua identidade. É o diálogo, a relação que é a matriz originária da pessoa, e é somente no diálogo, na relação, na partilha, no sair de si que a pessoa se doa, se reconhece, se desenvolve de forma coerente e completa (TAYLOR, 1992). Sobre isso, Taylor escreve que a identidade pessoal será sempre definida no diálogo favorável ou contrário às coisas “que nossos outros-importantes querem ver assumidas em nós. Mesmo depois de deixarmos para trás algumas dessas pessoas importantes – nossos pais, por exemplo [...], o diálogo com eles continua para o resto de nossas vidas” (TAYLOR, 1992, p. 32-33).

Além disso, a partir das críticas literárias de M. Bakhtin, Taylor teoriza sobre o ser como diálogo, comunicação, polifonia, sendo esta última, por definição, a harmonia das vozes, cada uma em sua incomparável singularidade de timbre, tom, cor. Essa é a raiz da identida-

de que se constrói e se dá pelo reconhecimento positivo¹⁰ da diferença, e que, a partir desse mesmo reconhecimento, pode construir uma imagem de si e do mundo mais articulada e complexa.

5.3 O reconhecimento do outro e a dignidade humana

Chamando a atenção para o debate sobre a diversidade e sua busca pelo reconhecimento, que parece não ter solução pacífica e profunda nas sociedades pluralistas, Taylor pergunta-se por que no atual contexto histórico e cultural se tornou tão decisivo e vital ter ou não ter reconhecimento, dar ou não reconhecimento. Quase sintetizando em uma frase toda a sua busca pelas “raízes da identidade moderna”, o autor afirma que “a demanda por reconhecimento [...] adquire uma certa urgência pela suposta relação entre reconhecimento e identidade” (TAYLOR, 1992, p. 25). Ora, se a identidade sintetiza a definição que cada pessoa tem de si mesma, as características fundamentais que fazem de cada indivíduo um ser humano único, então essa identidade é formada e mantida, em parte, pela existência ou inexistência do reconhecimento dos demais, e muitas vezes por seu reconhecimento incorreto (*misrecognition*) (TAYLOR, 1992).

Afinal, verifica-se que as diferenças são inerentes ao fenômeno da hospitalidade, pois “não é o encontro do Eu com ele mesmo; é um encontro com o Outro, com o que é diferente de mim. A relação não é entre iguais. É um encontro entre diferentes, não existe nenhuma garantia de reciprocidade”. A alternativa, contudo, seria construída pela interlocução intencional, uma vez que “é ouvindo, é prestando atenção no que é diferente de mim que posso ser tocado pelo sentimento da responsabilidade” (CORTES, 2005, p. 36).

Assim, aproximando-se desse ponto da temática da recepção do estrangeiro, o reconhecimento implica necessariamente respeito a uma dimensão essencial e peculiar da dignidade da pessoa. Como foi apontado na introdução deste estudo, a ideia do respeito como um direito natural de todo ser humano é afirmada quando o valor de cada pessoa é reconhecido, sem relação com o lugar que ocupa nas hierarquias sociais, de modo que o valor de cada indivíduo está ontologicamente relacionado à sua existência; é uma dignidade ontológica que merece respeito por si mesma (NEPI, 2000, p. 79).

Com base nessa ideia de dignidade, a presença de uma relação com a questão da ética da autenticidade é claramente confirmada, pois seria digna apenas a vida em que a autenticidade é perseguida na originalidade do ser único (TAYLOR, 1997, p. 299). Por conseguinte, respeitar, favorecer e cultivar a diferença intrínseca de cada ser humano significa, afinal, respeitar a dignidade inalienável de cada um (TAYLOR, 1992, p. 28).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise migratória não termina nos limites das relações internacionais e das considerações sobre a responsabilidade dos Estados. Assim, o presente estudo empreendeu um itinerário filosófico com o objetivo de estabelecer alguns parâmetros éticos adequados à comple-

¹⁰ A ideia de reconhecimento está orientada para a busca da satisfação e valorização das necessidades particulares dos indivíduos, como membros de grupos culturais específicos (GUTMANN, 1992).

xidade do problema, por meio de um diálogo a partir de quatro matrizes filosóficas que, em alguns pontos, coincidem e, em outros, se estendem por diferentes vertentes. A interação entre elas viabiliza, porém, um prisma teórico minimamente consistente para oferecer alternativas ao desafio de proteger o estrangeiro desde a construção de uma ideia de cidadania cosmopolita.

No que se refere às contribuições dessas reflexões teóricas, o cosmopolitismo moral destaca, conforme proposto por Isaiah Berlin, que as semelhanças básicas entre os seres humanos constituem a ponte para a imaginação e empatia de outras culturas. Seria por meio da pesquisa empática que os diferentes valores seguidos por outras culturas podem ser compreendidos e respeitados. O cosmopolitismo moral, ao colocar o ser humano em uma posição ética em relação ao outro, que impõe que todos os indivíduos devem reger seu comportamento pelo respeito mútuo e reconhecer seus semelhantes como peças cruciais de interesse moral, tem aplicabilidade e significado no pluralismo preconizado por Berlin e está de acordo com o que preconiza o multiculturalismo de Taylor. Ou seja, as ações humanas são restringidas pelo dever moral de respeitar e preservar os direitos humanos dos outros. O pluralismo de valores de Berlin também defende a existência de uma variedade de culturas em uma coexistência tolerante de diferenças culturais (BERLIN, 1992), o que mostra a inviabilidade incontestável de estereótipos razoáveis sobre os estrangeiros.

Em uma perspectiva fenomenológica, Lévinas e Buber, por sua vez, distinguem-se das fundamentações logocêntricas de fundo substancialista prevalentes desde a filosofia grega e inovam ao inverter os silogismos clássicos, colocando a ética como precedente à metafísica ou à ontologia. Para esses autores, buscar derivar as obrigações que se tenha com o Outro a partir de uma definição de sua natureza ou substância, é objetificá-lo, ou – como diria Torres (2007) – colonizá-lo, em uma postura típica de um encontro Eu-Iso. Deve-se, antes, pressupor de forma absoluta a alteridade radical presente no encontro Eu-Tu e reconhecer as correspondentes obrigações de generosidade mútua que são inerentes à própria constituição da humanidade dos sujeitos ali envolvidos.

Derrida também se opõe à tendência jurídica de Kant, pois, para o filósofo franco-margrebino, restringir a hospitalidade ao direito implica a perda de eficácia e a redução à condição de dispositivo revogável, dependente do apoio dos legisladores. Além disso, Derrida remove qualquer idealismo ao apontar as complexidades irreconciliáveis que cercam a questão da hospitalidade percebida no conflito entre a lei da incondicionalidade e os termos condicionantes que precisamente conferem viabilidade à recepção. A contribuição resultante é a constatação de que riscos e perigos são inerentes à proteção do estrangeiro, de modo que a preservação ideal da soberania do hospedeiro envolveria a impossibilidade ontológica de qualquer ser hospitaleiro. Por outro lado, as abordagens derridianas endossam a perspectiva predominantemente ética e realista de acolher no estrangeiro, o que implica que o presente da hospitalidade deve necessariamente ultrapassar a lógica econômica e, por isso, é necessário calcular, selecionar, pesar e filtrar.

Por fim, diante da anulação dos idealismos utópicos e da inevitabilidade dos riscos – percebidos na análise derridiana –, o multiculturalismo de Taylor fundamenta a experiência intercultural, entre estrangeiros e nacionais, como uma escolha, motivada pela construção de autenticidade a partir do reconhecimento do outro e de sua dignidade, pois “a projeção

de uma imagem do outro como ser inferior e desprezível pode, na verdade, ter um efeito de distorção e opressão, a ponto de essa imagem ser internalizada” (TAYLOR, 1992, p. 36) e desconstruir a própria natureza de quem está exposto ao desafio de acolher o próximo.

Essas três matrizes filosóficas, apesar de suas divergências, convertem a abordagem ética que busca fundamentar a proteção aos estrangeiros no contexto da crise dos refugiados. Em suma, o paradigma cosmopolita comunica a ideia de cidadão do mundo com ênfase na dignidade de cada sujeito. Por sua vez, Derrida retira idealismos utópicos do tom jurídico kantiano, endossa a dimensão ética do problema e apresenta as complexidades do desafio ao opor soberania e hospitalidade. Por fim, o multiculturalismo de Taylor mostra a alteridade e o reconhecimento do outro como alternativa ética para a experiência da solidariedade.

Tais bases teórico-filosóficas podem contribuir enormemente no processo reflexivo de estabelecimento de novos fundamentos racionais para não só superar um modelo de cidadania e acolhimento alicerçado em visões de mundo e narrativas eminentemente regulatórias liberais-individualistas, as quais não dão conta de reduzir a complexidade com que se apresentam as diásporas contemporâneas, mas, por outro lado, estabelecer um cenário emancipatório, abrindo novas possibilidades de solução para os fenômenos de mobilidade humana forçada, a partir de um substrato teórico plural, empático, solidário e hospitaleiro.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *The Cosmopolitan Vision*. Trad. Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2006.
- BECK, Ulrich; GRANDE, E. *Cosmopolitan Europe*. Trad. Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2007.
- BENHABIB, Seyla. *The Rights of Others*. Aliens, Residents and Citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BERLIN, Isaiah. *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*. Edited by Henry Hardy. New York: Vintage Books, 1992.
- BOÉCIO. *Escritos* (Opuscula Sacra). Tradução, estudos introdutórios e notas de Juvenal Savian Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BREDLOW, Luís Andres. Polités y Kosmopolités: algunas notas sobre ciudadanía y filosofía en el mundo antiguo. In: JORNADA DE FILOSOFÍA POLÍTICA, 4., 2007. Barcelona. *Anais* [...]. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2007.
- BRESOLIN, Keberson. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e Levinas. *Conjectura: Filosofia e Educação*, v. 18, n. 3, p. 166-183, 2013.
- BUBER, Martin. *Do diálogo e do dialógico*. São Paulo: Perspectiva, 1982.
- BUBER, Martin. *Eu e tu*. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.
- BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Tradução Newton Aquiles von Zuben. 10. ed., 4. reimpressão. São Paulo: Centauro, 2006.
- CHEAH, Pheng. Cosmopolitanism. *Theory, Culture & Society*, v. 23, n. 2-3, p. 486-496, 2006.
- COELHO JUNIOR, Nelson. Da fenomenologia à ética como filosofia primeira: notas sobre a noção de alteridade no pensamento de E. Lévinas. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2008.
- CORTES, Bianca Antunes. Ética é limite. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 3, n. 1, 2005, p. 31-49.
- COSTA, Paolo de. *Verso un'ontologia dell'umano: Antropologia e antropologia filosófica* in Charles Taylor. Milano: Unicopli, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *Dar (el) tiempo I*. La moneda falsa. Barcelona, Paidós, 1995.
- DERRIDA, Jacques. *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort!* Paris: Galilée, 1997a.
- DERRIDA, Jacques. *De l'hospitalité: Anne Dufourmantelle invite Jacques Derrida à répondre*. Paris: Calmann-Lévy, 1997b.
- DERRIDA, Jacques. *Manifeste pour l'hospitalité*. Paris: Éditions Paroles d'Aube, 1999.
- DERRIDA, Jacques. *Dar la muerte*. Barcelona: Paidós, 2000.
- DERRIDA, Jacques. Autoinmunidad: suicidios simbólicos y reales. In: BORRADORI, G. *La filosofía en una época de terror: diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*. Buenos Aires: Taurus, 2004.

- DERRIDA, Jacques; Dufourmantelle, Anne. *La hospitalidad*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2006.
- GAY, Peter. *The Enlightenment: The Rise of Modern Paganism*, New York: Norton, 1995. V. 1.
- GUTMANN, Amy. Introduction. In: GUTMANN, Amy (ed.). *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton University Press, 1992, p. 3-24.
- HABERMAS, Jürgen. Kant's Idea of Perpetual Peace, with the benefit of two hundred years hindsight. In: BOHMAN, J.; LUTZ-CACHMANN, M. (ed.). *Perpetual Peace: Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*. Cambridge: MIT Press, 1997. p. 113-154.
- HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation: Political Essays*. Trad. e ed. Max Pensky. Cambridge: MIT Press, 2001.
- HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- HARVEY, David. *Cosmopolitanism and the Geographies of Freedom*. New York: Columbia University Press, 2009.
- HAYDEN, Patrick. *Cosmopolitan Global Politics*. Aldershot: Ashgate, 2005.
- HELD, David. *Democracy and the Global Order: From the Moderns State to Cosmopolitan Governance*. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- HELD, David. Principles of Cosmopolitan Order. In: BROCK, G.; BRIGHOUSE, H. (ed.). *The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 10-27.
- HELD, David. *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- HOMERO. *Odisséia*. Trad. Christian Werner. São Paulo: CosacNaify, 2014.
- HONNETH, Axel. L'Antropologia filosófica di Charles Taylor. *Fenomenologia e Società*, Milano, v. 19, n. 1-2, 1996, p. 25-41.
- JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. São Paulo: Unesp, 2012.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela, Porto: Porto, 1995.
- KANT, Immanuel. *Sobre la Paz Perpetua*. 6. ed. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Otherwise than being or beyond essence*. Netherlands: Springer, 2010.
- LÉVINAS, Emmanuel. Entrevistas com Emmanuel Lévinas. *Cadernos de Subjetividade*, v. 5, n. 1, 1997. p. 9-38.
- LINKLATER, Andrew. Moral Progress and World History: Ethics and Global Interconnectedness. In: HOOFF, S. T.; VANDEKERCKHOVE, W. *Questioning Cosmopolitanism*. London: Springer, 2010. p. 21-36.
- LONG, Anthony. A. The Concept of the Cosmopolitan in Greek & Roman Thought. *Daedalus*, v. 137, n. 3, p. 50-58, 2008.
- LUKŠIČ HACIN, Marina. Theorizing the Concept of Multiculturalism Through Taylor's "Politics of Recognition". *Two Homelands*, n. 44, p. 79-81, 2016.
- MARTIN, Richard P. Apresentação. In: HOMERO. *Odisséia*. Trad. Christian Werner. São Paulo: CosacNaify, 2014.
- MARTINS, Jasson da Silva. A existência intersubjetiva em Martin Buber. *Argumentos*, Fortaleza, a. 2, n. 4, 2010.
- MATOS, Olgária. Sociedade: tolerância, confiança, amizade. *Revista USP*, v. 37, p. 92-100, 1998.
- MOLES, John L. Cynic Cosmopolitanism. In: GOULET-CAZÉ, M. O.; BRANHAM, R. B. (ed.). *The Cynics: The Cynic Movement in Antiquity and Its Legacy*. Berkeley: University of California Press, 1996. p. 105-120.
- NEPI, Paolo. *Individui e Persona*. Roma: Studium, 2000.
- PIKETTY, Thomas. Acerca de la situación migratoria en Europa. In: PIKETTY, Thomas. *¡Ciudadanos, a las urnas! Crónicas del mundo actual*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2017. p. 61-64.
- PLUTARCO. *Plutarch Moralia*. Trad. Frank Cole Babbitt. Cambridge: Harvard University Press, 1962. V. 4.
- SCUCCIMARRA, Luca. *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al settecento*. Bologna: Il Mulino, 2006.
- SIDEKUM, Antonio. Liturgia da alteridade em Emmanuel Levinas. *Utopia y Praxis Latinoamericana*, v. 10, n. 31, p. 115-123, 2005.
- SILOVE, Derrick; VENTVOGEL, Peter; REES, Susan. The contemporary refugee crisis: an overview of mental health challenges. *World Psychiatry*, v. 16, n. 2, p. 130-139, 2017.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Sentido e alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Lévinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- SPAEMANN, Robert. Sobre el concepto de dignidad. *Persona y Derecho*, n. 19, p. 13-33, 1998.
- SYNOWICH, Cristine. *The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- TAYLOR, Charles. *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- TAYLOR, Charles. *The Ethics of Authenticity*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Edited and introduced by Amy Gutmann. New Jersey: Princeton University Press, 1992.

TAYLOR, Charles. *La liberté des modernes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

TORRES, Nelson Maldonado. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramón. (ed.). *El giro decolonial*. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco; Pensar; Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 127-167.

VON ZUBEN, Newton A. *Tu eterno e religiosidade no pensamento de Martin Buber*. Horizonte, Belo Horizonte, v. 13, n. 38, p. 941-968, 2015.

ZAGALO, Gonçalo. Hospitalidade e soberania: uma leitura de Jacques Derrida. *Revista Filosófica de Coimbra*, v. 15, n. 30, p. 307-323, 2006.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.9760>

A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA À CRISE DA JURISDIÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE

José Laurindo de Souza Netto

Autor correspondente. Universidade Paranaense – Mestrado em Direito Processual e Cidadania – Campus Sede. Praça Mascarenhas de Moraes, s/nº, Centro. Umuarama/PR, Brasil. CEP 82410-730. <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.
<https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. jl@tjpr.jus.br

Anderson Ricardo Fogaça

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>.
<https://orcid.org/0000-0001-8495-9443>. arf@tjpr.jus.br

Adriane Garcel

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.
<https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. adriane.garcel@tjpr.jus.br

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar o acesso à Justiça, debruçando-se, especialmente, sobre como o número exacerbado de demandas individuais envolvendo o direito à saúde afeta a efetividade e celeridade do trâmite de ações no poder Judiciário, mostrando-se urgente o fomento de meios pré-processuais de resolução de conflitos para se obter um desempenho melhor na solução de litígios para a sociedade. Nesse contexto, procura-se repensar essa sistemática partindo de mecanismos extraprocessuais e pré-processuais de solução de conflitos. Far-se-á uma abordagem do acesso à Justiça não só como garantia de acesso ao poder Judiciário e a um julgamento justo, mas com base na premissa de que o acesso à Justiça está garantido pelos meios pré-processuais de resolução de conflitos quando houver a participação, em alguma medida, do poder Judiciário, seja como participante ativo do sistema pré-processual ou mero fomentador. Nessa medida, fala-se em Métodos Socialmente Adequados de Resolução de Conflitos.

Palavras-chave: desjudicialização; acesso à Justiça; métodos socialmente adequados de resolução de conflitos; poder Judiciário.

JUDICIALIZATION AS AN ALTERNATIVE TO THE CRISIS OF HEALTH JURISDICTION

ABSTRACT

This article aims to address access to justice, focusing in particular on how the exacerbated number of individual demands involving the right to health affect the effectiveness and speed of the course of action in the judiciary. pre-procedural means of conflict resolution for better performance in resolving disputes for society. In this context, we seek to rethink this system based on non-judicial mechanisms for conflict resolution. Access to justice will be approached not only as a guarantee of access to the judiciary and fair trial, but on the premise that access to justice is guaranteed by pre-procedural means of conflict resolution when the participation, to some extent, of the judiciary, either as an active participant in the pre-procedural system or as a mere sponsor. To this extent, we talk about Socially Appropriate Methods of Conflict Resolution.

Keywords: dejudicialization; access to justice; socially appropriate methods of conflict resolution; Judicial power.

Recebido em: 6/11/2019

Aceito em: 31/5/2021

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo abordar o acesso à Justiça, debruçando-se, especialmente, sobre como o número exacerbado de demandas individuais envolvendo o direito à saúde afetam o poder Judiciário, mostrando-se urgente o fomento da desjudicialização para se obter um efetivo e mais célere desempenho na solução de litígios para a sociedade.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, é notório que o acesso à Justiça vem sendo utilizado de maneira predatória: os jurisdicionados enxergam a ação judicial como a porta de entrada para a resolução de seus problemas, e não como última *ratio*. Um sistema de Justiça sustentável, porém, reclama acessibilidade por todos e produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.

O acesso à Justiça, todavia, pode ser discutido em três posições básicas. A primeira delas se distingue pela procura de assistência jurídica, atendendo necessariamente ao ingresso dos menos beneficiados ao sistema judiciário e à assistência de direitos individuais. A segunda seria qualificada para proporcionar o ingresso ao Judiciário de grupos identificados ou não com o desígnio de proporcionar assistência a direitos coletivos e difusos. Logo, a terceira posição procuraria um ponto de vista amplo, alinhado em relação a outros elementos na noção de acesso à Justiça e, além de incluir os avanços decorrentes dos posicionamentos anteriores, propõe-se a ir além e debater formas de acesso à Justiça de maneira mais ampla. Na linha dessa terceira posição permanecem a criação de órgãos especializados e a institucionalização de formas alternativas e adequadas ao sistema judiciário tradicional para a solução de conflitos (FELTEN, 2014, p. 30-41).

Cada processo em trâmite, no Brasil, tem um valor muito elevado. Se considerarmos que o poder Judiciário, em todas suas esferas de competência, segundo dados do Justiça em Números 2018, do CNJ (BRASIL, 2018), teve um total de despesa, em 2017, de cerca de 90,8 bilhões de reais, e que, naquele ano, havia cerca de 80,1 milhões de processos em trâmite, conclui-se que cada processo em trâmite custa, aproximadamente, R\$ 1.120,00 (um mil, cento e vinte reais) por ano. Com o fim de reduzir o custo dessa transação, deve-se fazer uma releitura do direito de acesso à Justiça para além do acesso a uma ordem jurídica justa, efetiva e célere, mas para que o conflito seja resolvido pré-processualmente, com a chancela do poder Judiciário, tornando-se a fase pré-processual uma política judiciária em favor da desjudicialização, o que contribuirá ainda mais para a efetividade e celeridade do sistema de justiça.

Nosso sistema, no entanto, padece de uma crescente perda de funcionalidade. Conforme dados do CNJ, há cerca de 80,1 milhões de processos para cerca de 16.500 magistrados, com uma taxa de congestionamento de aproximadamente 74%, o que significa dizer que, de algum modo, nesses 30 anos decorridos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliou-se inegavelmente o acesso à Justiça, mas há um longo caminho para que se possa alcançar um equilíbrio entre qualidade e quantidade, entre celeridade e efetividade da jurisdição. A Justiça Comum Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no poder Judiciário, acumulando 69,4% da demanda (BRASIL, 2018).

A melhor forma de desafogar o poder Judiciário é, em primeiro plano, prevenir o conflito, o que, em se tratando de demandas relativas à saúde, passa, necessariamente, pela rediscussão do contencioso administrativo prévio. Em segundo lugar, é preciso fomentar a cultura da tutela coletiva.

No presente artigo busca-se analisar algumas questões necessárias ao fortalecimento do contencioso administrativo prévio ao ajuizamento de demandas relativas ao direito à saúde, apontando alternativas capazes de prevenir as lides. Ademais, pontuam-se aspectos relacionados a ações coletivas e de controle concentrado capazes de auxiliar no tratamento do problema.

Abordam-se, nesta perspectiva, os principais métodos socialmente adequados e alternativos para solução de conflitos, quais sejam: a expansão das Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) e da mediação sanitária, os diálogos interinstitucionais como forma de facilitação da comunicação entre os envolvidos, o debate da política pública de saúde por meio de audiências públicas e a prioridade para as ações coletivas (ANDREUCCI, 2018).

2 MÉTODOS SOCIALMENTE ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os Métodos Socialmente Adequados de Resolução de Conflitos representam a adesão à cultura da pacificação em oposição à da litigiosidade, com a solução pacífica mostrando-se sempre preferível, inclusive economicamente, o que não impede a busca vindoura pelo aparato judicial. Permanece uma atmosfera favorável para tais modelos, que também compõem instância legítima para a solução de conflitos sociais pelo adequado meio social, cogitando maior conscientização política e conhecimento popular.

Chegou-se a um momento da contemporaneidade em que a sociedade deve se emancipar para solucionar os seus próprios conflitos, com menos intervenção estatal, e o poder Judiciário deve contribuir para construir essa nova mentalidade no meio social. Por isso devemos falar em Métodos Socialmente Adequados de Resolução de Conflitos, e não mais em Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos. Todos são alternativos à jurisdição propriamente dita, e, além disso, socialmente adequados, na medida em que visam à solução do conflito no seu nascedouro, antes da transformação do conflito de interesses em lide.

Essa percepção foi muito bem incorporada no Decreto nº 8.243/2014, que regulamentou a *Política Nacional de Participação Social* e em que são mencionadas as Mesas de Diálogo. Delduque, Alves e Dallari (2015, p. 30) observam que “a Mesa de Diálogo representa um esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à Justiça, um novo mecanismo que pode ser considerado um esforço de mediação”.

Nessa linha de raciocínio Toaldo e Berghahn (2014), com base no fundamento de Georges Gurvitch – o qual acredita que a evolução do Direito deve ser buscada na própria sociedade, e não na lei ou na jurisprudência – referem-se à concepção de um movimento pró-desjudicialização estabelecido por meio de uma alteração de condutas de analogias interpessoais que envolvem os profissionais de saúde, as instituições de serviços correlatos e os cidadãos/pacientes.

Com essa alteração de condutas, que fomenta uma inovação na maneira em abordar os litígios relacionados à área da saúde, surge a necessidade de priorizar a solução pacífica de controvérsias de maneira a atenuar a judicialização e dar outra perspectiva à realização do direito à saúde. É necessário pensar o acesso à Justiça também pela via da desjudicialização – e não mais apenas sob o clássico ponto de vista de Mauro Cappelletti – impondo-se uma mutação cultural na sociedade. Para isso, tende-se para os métodos consensuais de solução de litígios, por meio dos quais as partes do processo adotam para si o papel de protagonistas não somente da divergência, mas da adequada procura pela sua elucidação.

Ronald Coase prevê que o cultivo de uma determinada atividade pode ser concretizado pela própria coordenação designada, ou de maneira descentralizada, por outros agentes econômicos. Quando descentralizada, o que incide em razão de custos altos em comparação com a dos outros, a atividade pode ser adimplida precisa e individualmente, por terceiros, por meio de negócios jurídicos (KLEIN, 2011, p. 71).

Pode-se dar como exemplo a conciliação, até pouco tempo atividade concretizada somente por magistrados. Os gastos envolvidos induziram um reparo para reconhecer sua efetivação por árbitros privados, selecionados pelas partes ou até mesmo por órgãos especializados, no caso as câmaras de conciliação privadas.

Krugman e Wells (2015, p. 11-16) ponderam que os espaços qualificados por maior liberdade das partes e menor intervenção do Estado frequentemente são mais competentes. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil antevê de forma explícita a desjudicialização da atividade de mediação e conciliação, permitindo que os sujeitos escolham o mediador, o conciliador ou o órgão especializado nesta função.

Heitor Sica (2016, p. 435-460) menciona a “terceirização” para auxiliares da Justiça na efetivação de muitas das audiências preliminares do artigo 331 da legislação processual anterior, restringindo a aparição das atividades originariamente elencadas à conciliação.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê de forma explícita a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Não apenas foi regulamentado o instituto da mediação, como também anteviu a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e municípios.

Ainda a respeito da legislação oportuna ao tema, é digno de destaque a Resolução 125/2010, do CNJ, que constituiu a mediação e a conciliação como políticas públicas de tratamento de litígios, servindo como inspiração até mesmo para o Código de Processo Civil de 2015. Tem como objetivo essa Resolução garantir a toda população o direito à solução de seus litígios por meios pertinentes à sua natureza e peculiaridade. A Resolução também definiu que aos órgãos judiciários compete, além da solução alcançada por meio de sentença, apresentar outros métodos de solução de controvérsias, por meio de outros meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação à população (CARLINI, 2014).

Inclusive, no campo da jurisdição sanitária, a mediação revela-se como o método alternativo de resolução de conflitos mais adequado, pois, além de propiciar às partes a possibilidade de bem administrar seu próprio conflito, ela promove a inclusão e a participação sociais¹ e valoriza a comunicação entre os litigantes.

Nesse diapasão, podemos observar que o Código de Processo Civil favoreceu as tentativas de solução pré-processual com o intuito de dar maior celeridade para resolver os conflitos, reduzindo, assim, a enorme quantidade de demandas judiciais.

¹ “A efetiva participação democrática em saúde exige a movimentação das engrenagens da ordem jurídico-políticas, no intuito de favorecer sua progressiva realização, aumentar crescentemente as ocasiões nas quais o povo possa externar sua posição, colaborar para a resolução dos conflitos, assim garantindo-lhes concreta voz e vez” (MAGGIO, Marcelo Paulo. *Saúde pública e sua tutela pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 71).

Partindo desse contexto, adota-se a existência de três espécies diferentes de resolução de conflitos, quais sejam: *a)* as resoluções estatais ou heterocompositivas dos conflitos (decisões judiciais); *b)* as resoluções estatais negociadas com as partes ou autocomposição, que podem se dar previamente ao início do processo, no âmbito jurisdicional, nos Cejuscs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – ou no âmbito de órgão auxiliar da Justiça, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Advocacia Geral da União, e *c)* a resolução dos conflitos ou autocomposição dos conflitos, no âmbito extrajudicial, privado ou não.

A Professora Ada Pellegrini Grinover (2011) dispõe que, no âmbito dos métodos consensuais de solução de conflitos, agora com destaque na legislação brasileira, o instituto da mediação pode se apresentar como uma possibilidade eficaz ao abundante número de lides enfrentado diariamente pelos tribunais. E entre os estudiosos e juristas é de comum acordo a necessidade do acolhimento de um novo método e uma nova cultura no campo do SUS, sendo sugerida a mediação do direito à saúde (ou sanitária) como uma maneira de se empregar essa nova possibilidade acerca das demandas de saúde.

Sobre o tema da mediação sanitária, Delduque e Castro (2015, p. 30) esclarecem que:

A Mediação Sanitária é um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde. As relações de saúde transcendem a ótica bilateral do médico com o paciente, para envolver muitos outros atores presentes em um sistema de saúde, advindo, daí, conflitos de toda a ordem, internos e externos ao sistema, criando condições para a judicialização. Conflitos internos (como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais) geram desgastes e judicialização, como também fazem os conflitos gerados fora do sistema, mas com reflexos diretos dentro dele, assim como os conflitos sociais e conflitos legais igualmente geram a judicialização.

Enfatiza Assis (2013) que a mediação sanitária traz privilégios extensos no tocante aos procedimentos de prestação de serviços de saúde, pois proporciona o diálogo entre os indivíduos implicados e antepõe a construção de soluções que tendem à satisfação do direito não de uma maneira independente, mas conjuntamente com a procura pela melhoria do sistema como um todo.

A relação mais próxima que se institui entre os envolvidos ao participarem da mediação faz com que se obtenha a redução e prevenção de litígios, e isso ocorre graças à conexão que se forma entre todos os envolvidos, médicos, gestores e usuários.

À vista disso, a mediação sanitária consiste em facilitar o acordo entre as partes, tendo em vista que o SUS vem ganhando um importante auxílio para a resolução de conflitos com a iniciativa dos membros do Ministério Público, dos juizes, defensores públicos, advogados da União e procuradores que, estabelecendo grupos de mediação, concretizam um trabalho a partir do litígio individual, mediando o conflito entre o paciente e o gestor da saúde com o objetivo de impedir a ação judicial, buscando uma tutela eficiente traduzida por uma solução obtida de forma ampla, plena, rápida, útil, eficaz e econômica.

Nas palavras de Spengler (2017):

A mediação é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certezas jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, as práticas sociais de mediação configuram-se em um ins-

trumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito.

Neste viés de reduzir a judicialização e alcançar os direitos da população de forma cada vez mais célere e eficaz, tipificando e suprindo falhas no sistema, a mediação sanitária já vem sendo executada e tem mostrado efeitos satisfatórios em numerosos Estados da Federação.

Desse modo, a mediação sanitária vem sendo a melhor alternativa para combater esses impasses que o poder Judiciário sofre pelo grande número de processos. Esse instrumento pode efetivamente contribuir para a realização do direito à saúde, haja vista que cria espaços de debate extrajudicial. Nesse contexto, Gabriel Schulman e Alexandre Barbosa da Silva (2017) observam que, para a mediação administrativa, “deve-se ter em mente a possibilidade de espaços administrativos que avaliem especificamente os casos concretos dos pacientes e possam aferir a necessidade (ou não) de se liberar tratamentos para além dos protocolos clínicos”.

Maria Célia Delduque e Eduardo Vazquez Castro (2015) citam dois exemplos acerca da utilização da mediação na área da saúde no Brasil:

(...) ocorrem no Ministério Público de Minas Gerais e na Defensoria Pública do Distrito Federal. Em Brasília, a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde, da Defensoria Pública do DF, tem por objetivo mediar conflitos entre os pacientes usuários do SUS-DF e os gestores da rede pública de saúde da Capital. No Estado de Minas Gerais, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde percorre regiões do Estado realizando reuniões de conciliação entre usuários e gestores, além de tratar de temas específicos, como saúde prisional, incorporação tecnológica e outros (DELDUQUE; CASTRO, 2015).

Delduque e Castro (2015) ressaltam que, em fevereiro de 2013, por meio de portaria conjunta entre a Secretaria de Saúde e a Defensoria Pública, foi criada uma Câmara (Camedis) especializada em questões de saúde com a finalidade de mediar divergências entre pacientes e os gestores da rede pública de saúde – um significativo avanço institucional na área.

Com a Camedis, ao invés de a Defensoria Pública ingressar judicialmente com os litígios de saúde, passou a procurar medidas extrajudiciais para esses conflitos por meio da prática da mediação. A atividade da Camedis, portanto, busca formalizar um pacto em favor do interessado (BRASIL, 2018).

Nesse cenário, Assis (2013) afirma que a mediação sanitária é uma concepção institucional empregada pelo Ministério Público “que visa discutir os desafios (problemas-causas) coletivos de saúde, no âmbito micro ou macrorregional, a partir do seu ativismo em uma agenda que possa envolver todos os atores do sistema, jurídicos ou não”.

E, nesse sentido, o autor cita que a idealização da mediação sanitária parte da compreensão de duas circunstâncias político-institucionais: a necessidade da reorganização das ações e serviços de saúde, no âmbito regional, de forma solidária e não solitária, com participação democrática, visando à elaboração desse mesmo planejamento de saúde numa perspectiva integrada e regional; e o impacto negativo da judicialização da saúde no orçamento e no planejamento coletivo da saúde.

É precisamente esse o preceito usado por Carlini ao ressaltar que o uso da mediação permite adentrar no contexto do outro para, pronunciado com os adequados motivos, desconstruir a demanda e estabelecer soluções mais adequadas para o conflito. De acordo com a autora, a mediação

restaura a importância do diálogo na vida social e minimiza a judicialização dos conflitos como caminho mais democrático para acesso à justiça. Isso só pode ser feito com eficiência se as razões do conflito puderem ser analisadas como caminho da compreensão, ou seja, se se compreender o outro, porque só essa forma é melhor para todos. A mediação, nessa dimensão, é a busca de um acordo que permita às partes em conflito lançar para o problema um outro olhar, de maior amplitude, porque diferente daquele que cada uma delas contemplava sozinha (CARLINI 2014).

E a maior parte das ações judiciais propostas com este desígnio é amparada pela Defensoria Pública Estadual em favor do cidadão interessado, tendo como réus o Estado federado e os municípios. E o Ministério Público, quando não age como substituto processual, o faz como fiscal da ordem jurídica.

É possível concluir que existe no Brasil a possibilidade do uso de meios de desjudicialização da saúde, como a conciliação e a mediação do direito à saúde, que são feitas por órgãos especializados ou mediadores escolhidos pelas partes, e a negociação direta, os quais são formas alternativas que estão previstos normativamente.

Para Delduque e Castro (2015) a adesão a meios alternativos de solução de conflitos, notadamente a mediação, procura obter “uma lenta transformação da sociedade brasileira, no sentido de criar a cultura do consenso e da cooperação na composição das disputas, aceitando-se um polissêmico conceito de justiça”.

Nota-se, assim, que instrumentos para desjudicialização da saúde como a mediação sanitária, diálogo interinstitucional e a integral atuação dos indivíduos nas tomadas de decisão são opções capazes para a concretização do direito à saúde.

Assim, percebe-se que a desjudicialização concebe inúmeras probabilidades de desafogamento do poder Judiciário diante do aumento da litigiosidade das relações sociais, em um contexto que permanece cada vez mais complexo.

Como é urgente transformar a mediação sanitária em verdadeira e bem estruturada política pública, as Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) ganham importância significativa por serem o *locus* propício para a concretização daquele método alternativo de solução de conflitos. Como lembra a doutrina, as CRLS são constituídas por

representantes das instituições essenciais à justiça, das Administrações Públicas federal, distrital, estaduais e municipais e das agências reguladoras da área, notadamente a Agência Nacional de Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a fim de exercer verdadeira jurisdição administrativa, entabulando, em abstrato e com efeito vinculante para todos os entes federativos, entendimentos a respeito da saúde pública, uniformizando decisões aplicáveis aos casos concretos que porventura surgirem (ALÔ, 2016).

Desse modo, mostra-se a busca da uniformização das resoluções e das concepções sobre indagações a respeito da saúde. O imprescindível acréscimo desse órgão seria o de uniformizar o entendimento a respeito do SUS para toda administração pública, pois dessa manei-

ra as decisões administrativas que favorecessem um indivíduo seriam estendidas para todos aqueles que se encontrem na mesma condição, obstruindo a fragmentação do SUS por meio de processos individuais.

As Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) são responsáveis por fazer o direcionamento administrativo, recolocar o indivíduo no fluxo do SUS e, além disso, possibilitar que sua base de dados seja utilizada como mais um dispositivo para a reorganização e avanço dos serviços de saúde. Refere-se, dessa maneira, a um dispositivo no qual todos os envolvidos são favorecidos e o cidadão recebe o serviço de saúde que precisa, sem a necessidade de recorrer ao poder Judiciário.

Desta forma, manifesta-se a procura da uniformização das resoluções e dos entendimentos acerca de questões relacionadas à saúde. O relevante aumento desse órgão seria o de uniformizar a percepção a respeito do SUS para toda a administração pública, uma vez que as decisões administrativas que favorecem o indivíduo serão estendidas para todos que se encontrem na mesma situação.

Aliás, no campo das CRLS e à luz da necessidade de se facilitar a comunicação entre os envolvidos, eis que fator imprescindível para a diminuição da judicialização, é importante trazer à tona a *teoria dos diálogos institucionais*. Isso porque a Câmara se põe como uma possibilidade de diálogo entre as inúmeras instituições envolvidas na tutela do direito à saúde, permitindo a concepção de uma decisão simultânea pelos indivíduos.

As CRLSs retratam um grande avanço institucional na seara da saúde e englobam integrantes da Defensoria Pública do Estado e da Defensoria Pública da União, assim como equipes de apoio técnico das Secretarias Municipal e Estadual de Saúde. Os integrantes das Defensorias operam no controle dos serviços a serem prestados, na utilização de medidas extrajudiciais e judiciais, na assistência dos casos e na concepção de sugestões de demandas na área das políticas públicas em saúde, e os representantes das Secretarias de Saúde concretizam o atendimento humanizado e exercem sufrágio técnico.

Alô (2016) ressalta que o principal acréscimo que tais órgãos trazem para o Sistema Único de Saúde seria uma

jurisdição administrativa com real visão de direito público, tendente a uniformizar entendimentos para toda Administração Pública, independente da esfera de governo, e para todos administrados, aliando a discricionariedade técnica de setores da área médica com o arcabouço jurídico, sendo certo que seus membros devem, necessariamente, ser dotados de garantias e prerrogativas, que lhes permitam exercer sua função com independência, como já abordado em tópico anterior. As decisões administrativas favoráveis aos pacientes seriam estendidas a todos os que se encontrassem na mesma situação fática, impedindo a fragmentação da universalidade do Sistema Único de Saúde por meio de demandas individuais.

Vislumbra-se, portanto, que as Câmaras têm significativo desempenho na uniformização das prestações administrativas, instituindo métodos comuns para todos os entes federativos. Torna-se cada vez mais urgente ter uma instância administrativa que, diante de um possível litígio, preze pela efetiva e satisfatória comunicação entre as partes envolvidas.

Além da aproximação entre os componentes do sistema, a existência de diálogos interinstitucionais entre os poderes constituídos, Ministério Público e Defensoria Pública pode

facilitar a realização de parcerias e convênios, o estabelecimento de procedimentos padronizados de entrega de medicamentos, por exemplo, e ajudar o poder Judiciário a compreender e ter uma dimensão melhor do fluxo dos recursos públicos disponíveis.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio de sua 2ª Vice-Presidência, tem incentivado a criação de Cejuscs temáticos, como o Cejusc da Família, Bancário, Fazendário, Criminal, Cível, da Saúde, do Procon e o da Defensoria Pública, focando seus esforços nos meios pré-processuais de solução de conflitos. Todos os acordos celebrados pela Defensoria Pública, antes do ajuizamento da ação, são encaminhados diretamente ao juiz coordenador do Cejusc local, para imediata homologação, passando a ter *status* de título executivo judicial.

Além disso, no Paraná, há intenso diálogo entre o poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradoria-Geral do Estado e Secretaria Estadual de Saúde para a utilização dos Cejuscs. Um exemplo atual são as tratativas para o fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo sistema público de saúde, mas que ainda não estão ao alcance de toda a população. Um deles é o medicamento Bevacizumab, indicado para tratamentos oncológicos. Este medicamento é produzido e fornecido em grande número de doses. O cumprimento das decisões em ações individuais, além de onerosas ao Estado, proporcionam grandes desperdícios. Vislumbra-se que, concentrando as demandas, mesmo que em procedimentos individuais pré-processuais nos Cejuscs, pode-se autorizar o fornecimento em audiências de conciliação pré-processual, concentrando as aplicações do remédio em datas que otimizarão tanto a mão de obra do profissional que realiza a aplicação, como também as quantidades de doses que deixarão de ser desperdiçadas. Com isso, evita-se futuro questionamento judicial da concessão individual de medicamento não disponibilizado pelo SUS, mas devidamente registrado na Anvisa.

3 PRIORIDADE PARA AS AÇÕES COLETIVAS

Nesse contexto, um instrumento digno de destaque, e que também abrange a desjudicialização, é a coletivização das demandas judiciais, isto é, a coletivização de demandas individuais. De acordo com Alô (2016):

Em um olhar superficial, pode parecer contraditório suscitar a desjudicialização das demandas de saúde por meio da judicialização de novas demandas. Ocorre que, ao defendermos o tratamento do direito à saúde de maneira transindividual, ou seja, com o manejo de ações coletivas, busca-se justamente a configuração de decisões *erga omnes*, nos termos do art. 103, inc. I, da Lei n. 8.078/90, promovendo, assim, a molecularização de demandas. Evita-se, portanto, a proliferação de demandas individuais com pretensões idênticas, impondo o Estado-juiz decisão isonômica para todos os usuários do Sistema Único de Saúde, a qual deve, inclusive, ser internalizada na estrutura da Administração Pública brasileira, por meio de atos normativos infralegais.

Os impactos sociais e financeiros ocasionados pelas sentenças em favor de um só indivíduo podem incidir em detrimento do coletivo. Neste caso, pode-se citar o princípio da equidade, que impõe uma distribuição mais igualitária por meio de políticas públicas e não, simplesmente, a solução de cada caso concreto.

Segundo a processualista Ada Pellegrini Grinover, o modo mais eficaz de lidar com políticas públicas é por intermédio de ações coletivas. Ela ainda defende que as ações individuais envolvendo o fornecimento do mesmo medicamento sejam coletivizadas, estabelecendo-se um diálogo entre os componentes dos poderes Executivo e Judiciário. O desígnio é poder empregar a decisão de maneira universal e igualitária (GRINOVER, 2011).

Sobre as ações coletivas, Kazuo Watanabe (2011), afirma:

O legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidas, e não apenas como instrumento de solução de lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à Justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos. (...). Tome-se o exemplo da ação aforada para o “desbloqueio de cruzados”. Se a inconstitucionalidade do bloqueio é arguida *incidenter tantum*, como mera questão prejudicial para justificar o pedido de descon sideração dos bloqueios individualizados, estamos diante de demanda individual, quando muito com pluralidade de partes. Para que a ação seja verdadeiramente uma demanda coletiva, o autor deverá, mediante enunciação de causa de pedir adequada (v.g. inconstitucionalidade), postular a desconstituição do ato geral de bloqueio de cruzados, postulando provimento jurisdicional que beneficie de modo uniforme todas as pessoas que se encontrem na mesma situação.

Ada Pellegrini Grinover (2011) ainda pontua que as ações individuais no campo da saúde devem ser utilizadas apenas para demandas que se relacionam com o mínimo existencial, com o restante dos litígios devendo ser coletivizado.

Segundo Suzana Henriques da Costa (2011), o mínimo existencial é o limite daquilo que pode ser conferido individualmente, a fim de que o indivíduo tenha condições de se desenvolver plenamente na vida em sociedade. Também resguarda a possibilidade de debater política pública em ação individual, desde que se trate do mínimo existencial.

Para Zygmunt Bauman (2001) a individualização é a usura e a lenta desagregação da cidadania:

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público.

A individualização das demandas, no entanto, é uma das causadoras da crise com que se depara o poder Judiciário, pois contribui com a quantidade de litígios e com a demorada solução das lides. Salientam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998):

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a acei-

tar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Assim sendo, a individualização pode constituir em atraso processual e destituir dos cidadãos o seu tempo, algo significativo na época atual nomeada por Zygmunt Bauman como a “modernidade líquida”. Nessa perspectiva, a individualização atinge a população e prejudica o acesso à Justiça, direito essencial.

Antônio Carlos Marcato (2001) afirma que foi feita uma sugestão a respeito de uma razoável redução do custo do processo e também da sua duração por meio de uma técnica de coletivização de demandas individuais. A ideia fundamental é que determinadas demandas individuais envolvessem interesses basicamente homogêneos e que, assim, elas pudessem ser fundidas em um processo apenas, o qual traria ao final uma solução que atenderia a todos os litigantes.

Assim sendo, uma das notáveis soluções para mitigar o fenômeno da judicialização pode ser detectada na molecularização dos conflitos, ou seja, no aproveitamento da tutela coletiva como meio mais adequado e célere de pacificação social. O desígnio de instrumentos processuais não adequados pode ocasionar decisões judiciais incongruentes com a realidade da sociedade.

4 O DEBATE DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE POR MEIO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Outro tema significativo a ser examinado, na acepção de fortalecer a base administrativa da resolução de conflitos na área da saúde, centra-se nos representantes eleitos para debater a política pública de saúde com a sociedade civil em audiências públicas.

As audiências públicas fomentam a democracia participativa, possibilitando o debate público sobre determinado assunto, admitindo que a sociedade espontaneamente envolvida tenha direito à voz. Nessas ocasiões as autoridades públicas examinam a sociedade civil na procura por elementos e soluções de conflitos alternativos. A sociedade civil apresenta o ensejo de expressar suas inquietações aos órgãos de saúde pública e de tal modo obter esclarecimentos e probabilidades dos representantes do poder público, instituindo uma conversação de maneira franca. Deste modo, a audiência pública é coerente com a visão democrática de Estado, em que a fala da população precisa ser analisada quando da tomada de deliberações.

Nesta acepção, a audiência pública foi uma prática significativa para o debate democrático sobre direito à saúde, caracterizada pelo comparecimento de profissionais da área médica, gestores públicos, juristas, professores e usuários do SUS. O debate na audiência pública, contudo, concentra-se no que Nancy Fraser (1989) chama de procedimentos jurídicos, administrativos e terapêuticos, o que causa uma análise limitada de demandas políticas sob esses três prismas.

De acordo com os conceitos clássicos de Giddens (1991), pode-se expor que as audiências públicas trariam segurança para a sociedade, não somente no sistema de saúde pública, como também no respectivo sistema do Direito. Consoante com os técnicos do programa e todos os

estudos referentes ao SUS, utilizando-se dos métodos adequados de solução de conflitos, como é o caso da mediação na área da saúde, entre outros, foram apresentados efeitos positivos.

Nesse mesmo âmbito, a desjudicialização da saúde também é fomentada quando do uso do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) dos tribunais ou do CNJ antes da ação judicial; pela plena adaptação do pleito; quando da verificação de que o custo do tratamento é baixo e de que sua efetividade já está exposta; quando da constatação de que o medicamento está na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), visto que a concessão é imperativa; e quando da avaliação da possibilidade terapêutica para o tratamento do paciente.

A desjudicialização provoca uma extensa atuação da população em debates públicos de concretização do direito à saúde. Essa atuação é na maioria das vezes estimulada por meio de audiências públicas e inserção nos Conselhos.

Em dezembro de 2017, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública com o tema “Justiça e Saúde”, que contou com a participação de 32 entidades e personalidades. É admissível, portanto, ressaltar que a desjudicialização possibilitará o debate da população em assuntos políticos, tornando-se, assim, acessível para todos os indivíduos a interpretação constitucional e admitindo a melhor abordagem da demanda, na medida em que é um contraponto à judicialização ao antepor medidas alternativas e diálogos para litígios que abrangem políticas públicas de saúde (RINGEISEN, 2016).

5 CONCLUSÃO

Neste artigo foram apresentadas alternativas à judicialização no âmbito do direito à saúde, deduzindo-se que a desjudicialização em meio à crise do poder Judiciário se manifesta como uma alternativa admissível e acessível para possibilitar à população brasileira um digno acesso à Justiça e de certa forma uma Justiça mais célere e efetiva, pois contribui com o desafogamento do poder Judiciário.

Primeiramente foi analisada a mediação sanitária, a qual consiste em um importante instrumento voltado a proporcionar uma cultura baseada no acordo entre os indivíduos, com custos e prazos mais baixos, além da assistência nas relações antes conflituosas.

Foi abordada também a expansão e a instalação das Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), as quais são aptas para impedir conflitos conexos à tutela do direito à saúde, sem intervenção judicial, mas de forma célere e efetiva, sendo de grande importância observar que essa ação traz a pertinência da teoria dos diálogos institucionais.

Além disso, tratou-se também do incentivo do poder Judiciário, por meio de audiências pré-processuais nos Cejuscs, à utilização de meios socialmente adequados de solução de conflitos e que contribuem para a resolução do conflito no seu nascedouro. Resolve-se o conflito, impedindo o surgimento da lide.

Posteriormente foi apontada a necessidade de se dar prioridade para as ações coletivas, observando-se que, dentro da ideia de tutela coletiva, discute-se a relevância da discussão da política pública de maneira molecularizada.

Enfrentou-se, também, a questão do debate da política pública de saúde por meio de audiências públicas como uma função institucional, em que se concretiza a democracia participativa e se permite o debate público sobre determinado assunto.

Conclui-se, portanto, que os meios socialmente adequados para resolução de conflitos proporcionam aos cidadãos um efetivo acesso à Justiça e em menor tempo, desjudicializando-se conflitos de interesse. Tais instrumentos permitem a redução de conflitos relativos ao direito à saúde, sem intervenção judicial, tendo assim um progresso no que respeita à celeridade e à efetividade das demandas.

6 REFERÊNCIAS

- ALÔ, Bernard dos Reis. Desjudicializando o direito à saúde – o papel da Defensoria Pública nesse processo. *Revista CEJ*, Brasília, a. XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. (Orientação Ricardo Perlingeiro).
- ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; LOUBACK, Cristian Lima dos Santos. A desjudicialização pelos cartórios extrajudiciais e o acesso à justiça na modernidade líquida. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 20, n. 112, p. 55-71, nov./dez. 2018.
- ASSIS, Gilmar de. Medição sanitária. *Cad. Iber. Amer. Direito. Sanit.*, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITO SANITÁRIO, 3., CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SANITÁRIO, 2., 2013. *Anais [...]*. Disponível em: <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/98/140>. Acesso em: 30 ago. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 2 set. 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARLINI, Angélica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- COSTA, Suzana Henriques da. O Poder Judiciário o controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 451-466.
- DELDUQUE, M. C.; ALVES, S. M.; DALLARI, S. G. Decreto que institui a Política Nacional de Participação Social: impactos na saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 9, p. 30, 2015.
- DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506>. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em: 2 set. 2019.
- FELTEN, Márcia Silvana. O exaurimento do modelo jurisdicional: ponderações sobre um diagnóstico possível. In: SPENGLER, Fabiana Marion; COPELLI, Giancarlo Montagner; JAQUES, Marcelo Dias (org.). *O sistema de justiça e suas instituições: ensaios à luz dos direitos humanos e democracia*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2014.
- FRASER, N. *Unruly practices: power, discourse, and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Coord. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Tradução Helga Hoffman. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2015.
- MAGGIO, Marcelo Paulo. *Saúde pública e sua tutela pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2018.
- MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- RINGEISEN, Adriana Torquato da Silva. *Mediação de conflito no Sistema Único de Saúde: visões e práticas de um a experiência no município de Natal/RN*. 2016. 119f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências da Saúde, Natal, RN, 2016.
- SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017.
- SCOCUGLIA, Livia. Política pública deve ser discutida em ação coletiva. *Consultor Jurídico – Conjur*, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-04/politica-publica-discutida-acao-coletiva-ada-grinover>. Acesso em: 3 set. 2019.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 255, p. 435-460, 2016.

SILVA, Alexandre Barbosa da. A intervenção do judiciário nas políticas públicas de saúde: elementos de (não) justificação constitucional. In: MEZZARROBA, O. et al. (org.). *Direitos sociais e políticas públicas I*. Curitiba: Clássica, v. 25, p. 465-494, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos – da teoria à prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TOALDO, Adriane Medianeira; BERGHAHN, Márcia Muhlbaier. Desjudicialização do direito à saúde: a integração entre a sociedade e o estado como alternativa de enfrentamento. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (org.). *Direito & Políticas Públicas IX*. Curitiba: Multideia, 2014.

WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.8920>

A (IN)APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL ANTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A Necessidade da Observância do Princípio da Proporcionalidade

Renata Albuquerque Lima

Autora correspondente. Universidade Estadual Vale do Acaraú, Coordenação do Curso de Direito. Avenida da Universidade, n. 850 – Alto da Brasília. Sobral/CE, Brasil. CEP 62040-370. <http://lattes.cnpq.br/1404814572894221>.
<https://orcid.org/0000-0002-4019-9558>. realbuquerque@yahoo.com

Átila de Alencar Araripe Magalhães

Universidade de Fortaleza – Unifor. Fortaleza/CE, Brasil.

Matheus Araújo Teixeira

Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Sobral/CE, Brasil. Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Sobral/CE, Brasil.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre tema atual, qual seja, a (im)possibilidade da aplicação da reserva do possível ante a judicialização da saúde. Por meio de exploração bibliográfica e jurisprudencial, conseguiu-se identificar os parâmetros que o Poder Judiciário tem adotado para conceder tutelas liminares de urgência no âmbito do direito à saúde. Tais balizas podem ser resumidas como: possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas; e possibilidade do fornecimento de medicamento de alto custo inviabilizar o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como prejudicar o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população, além da concessão dessas tutelas liminares de urgência configurar indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo. Concluiu-se, então, que é necessário que haja a observância do princípio da proporcionalidade com a finalidade de respeitar o sistema de *checks and balances* necessário entre os três Poderes.

Palavras-chave: judicialização da saúde; reserva do possível; proporcionalidade; direito à saúde.

THE (NON-)APPLICATION OF THE POSSIBILITY OBJECTION IN RESPECT OF PUBLIC HEALTH JUDICIALIZATION: THE NEED TO OBSERVE THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

ABSTRACT

The present work is about a current theme – The (non-)application of the possibility objection in respect of public health judicialization. Through bibliographic and jurisprudence exploration, it was possible to identify the parameters that the Judiciary has adopted to grant preliminary injunctions of urgency in the scope of the right to health. Such beacons can be summarized as: possibility of serious damage to public order, to health and economy; possibility of supplying high-cost medicines bankrupt the proper functioning of the Public Health System, as well as undermine the progress of basic health services in relation to the rest of the population, besides granting these urgent preliminary injunctions to unduly interfere with the Judiciary in the powers of the Executive Branch. It was therefore concluded that there is a need to comply with the principle of proportionality in order to respect the checks and balances required between the three branches of government.

Keywords: Judicialization of public health. Possibility objection. Proportionality. Right to health.

Recebido em: 8/4/2019

Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

A reserva do possível e a judicialização da saúde são temas importantes e bastante discutidos no contexto da atualidade. A reserva do possível corresponde a um fundamento utilizado com frequência pela Administração Pública para justificar a impossibilidade de cumprir com suas obrigações constitucionais sob a tese de ausência de recursos financeiros. Por outro lado, a judicialização da saúde decorre da tendência do uso da judicialização dos direitos fundamentais a fim de concretizá-los, e se refere ao aspecto subjetivo dos direitos fundamentais, que consiste no direito que os indivíduos possuem de pleitear ou exigir do Estado o cumprimento de uma prestação fundamental que ele é obrigado a realizar.

Essa exigência verifica-se por meio de ações individuais promovidas por sujeitos que têm o seu direito lesado ou ameaçado de lesão. Em tais ações, eles pleiteiam uma prestação jurisdicional específica no que se refere a direitos subjetivos e fundamentais da saúde. As ações podem ter múltiplas motivações, e, dentre elas, destacam-se as mais frequentes: exigência de cirurgias, acesso a medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

É em razão desse problemático contexto que a reserva do possível e a judicialização da saúde estão, muitas vezes, em colisão, uma vez que possuem pretensões e prioridades conflitantes. Diante disso, surge a necessidade de se analisar o caso concreto visando a evitar que o Estado entre em colapso, com a oneração excessiva, diante de determinadas demandas. Assim, se, de um lado, a judicialização da saúde pode ser entendida como direito individualmente assegurado pelo ordenamento jurídico, no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, do outro, a reserva do possível apresenta-se para a administração pública como meio, no âmbito econômico, de justificar a impossibilidade de atender toda a demanda, em especial no que se refere à efetivação de políticas públicas relativas à saúde.

Nesse contexto, a parcimônia de recursos com que o Estado conta justifica o uso da reserva do possível, inobstante se estar diante de um direito fundamental. Uma alternativa para minimizar os impactos dessas decisões judiciais, quanto ao direito à saúde, é a realocação de investimentos, por parte dos gestores públicos, para a seara da saúde, contudo essa ação pode impactar negativamente outras áreas sensíveis ao Estado, como a educação e a segurança pública.

Outro ponto que reforça a tese da utilização, por parte do Estado, da reserva do possível, é o fato de que o direito fundamental à saúde, assim como outros previstos na Constituição, não é absoluto. Destarte, quando há conflito de teses – reserva do possível *versus* judicialização da saúde – o recomendável é a utilização da proporcionalidade, com vistas a assegurar o gozo, por um maior número de cidadãos, dos direitos legalmente previstos. Caso não se observem os limites da razoabilidade, todo o sistema pode colapsar, pois o Estado é limitado social, econômica e estruturalmente.

Diante do ajuizamento de inúmeras ações individuais que almejam a efetivação de direitos relacionados ao direito fundamental à saúde, e por haver múltiplas jurisprudências e doutrinas com percepções distintas sobre o assunto em baila, surge a necessidade de se discutir a respeito da necessidade de fixação ou não de parâmetros a serem observados pelo juízo na concessão de eventuais tutelas jurisdicionais específicas, bem como sobre a legitimidade do

Poder Judiciário em interferir na discricionariedade do gestor público no que diz respeito à alocação de recursos.

De uns tempos para cá, a jurisprudência dos tribunais tem convergido para uma maior coerência quando o assunto é judicialização da saúde. Isso pode ser demonstrado por meio de decisões judiciais proferidas por tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, as quais têm fixado parâmetros a serem observados na concretização de direitos relacionados ao acesso à saúde. Os parâmetros utilizados pela jurisprudência são: 1) grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas; 2) a determinação genérica de fornecimento de medicamento de alto custo inviabiliza o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como prejudica o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população; e 3) ativismos judiciais nesse âmbito configuram indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo relativas à condução de políticas públicas.

Quanto ao cerne do argumento da grave lesão à saúde pública, no momento em que determinado juízo defere tutela liminar de urgência e decide disponibilizar, de maneira ampla e sem ônus, determinados medicamentos, sem a comprovação, por meio de estudos técnicos, da sua utilidade ou necessidade, tem-se uma oneração excessiva dos cofres públicos, e isso diminui sobremaneira a capacidade financeira do Estado de fornecer outros benefícios, igualmente reputados relevantes aos demais membros da sociedade. Ademais, medidas judiciais desse naipe não contam com a respectiva previsão orçamentária para fazer face a esse gasto imprevisto, sem mencionar o fato do “efeito dominó”, quando uma decisão judicial pode gerar precedentes em todo o país.

Para a realização da pesquisa, os autores fizeram uso de fonte bibliográfica e jurisprudencial. No âmbito da pesquisa bibliográfica, foram utilizados livros e artigos científicos de autores reconhecidos nos campos do Direito Constitucional e da Hermenêutica Jurídica. Já, referente à pesquisa jurisprudencial, buscou-se demonstrar como a reserva do possível tem de ser levada em consideração diante da judicialização da saúde.

A pesquisa organizou-se em quatro partes: na primeira fez-se um estudo acerca do neoconstitucionalismo sob a égide do Estado Constitucional de Direito no pós-Segunda Guerra Mundial; na segunda discutiu-se a nova hermenêutica constitucional sob as perspectivas do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo jurídico; na terceira abordou-se a judicialização dos direitos sociais; e na quarta a judicialização da saúde no contexto do mínimo existencial *versus* a reserva do possível.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO, O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Neoconstitucionalismo, de acordo com Sanchís (2007, p. 109), é a constitucionalização dos direitos. Trata-se de uma nova perspectiva de aplicação do Direito Constitucional, de um novo modelo de constitucionalismo e de uma nova realidade constitucional, que possui origem no pós-positivismo, e que deixa de ter apenas como função principal a mera limitação do poder estatal, passando a Constituição a ter força normativa e maior concretização dos direitos fundamentais. Nessa direção, ganha relevo o papel da Constituição Federal no âmbito do ordenamento jurídico, passando a figurar como o centro do sistema jurídico a exercer a

sua força normativa sobre os demais meios legais por intermédio de sua eficácia irradiante, e sendo fundamento de validade para as demais normas.

Observando-se os contextos histórico e social, é possível inferir que o neoconstitucionalismo surge em meio às consequências drásticas do pós-Segunda Guerra Mundial. Por ser fruto desse momento trágico global, o neoconstitucionalismo visa à proteção de garantias essenciais ao homem ante o Estado, posto que os regimes totalitários que atuaram durante essa época foram responsáveis por várias atrocidades contra a dignidade da pessoa humana, principalmente nos campos de concentração alemães.

Diante de tal situação, adveio a necessidade de uma maior aproximação do direito com a moral, visando a proteger a pessoa humana dessas barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, exigindo-se, então, um Estado mais participativo e, principalmente, preocupado com a dignidade da pessoa humana. Para Barroso (2013), o constitucionalismo possui três prismas fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Tais enfoques irão reproduzir a origem, o desenvolvimento e as características do novo constitucionalismo.

Antes da Segunda Guerra Mundial, predominava o Estado de Direito, que era marcado por um sistema legal e positivista em que as leis eram consideradas figuras centrais, responsáveis por normatizar a vida da sociedade, sendo a Constituição um mero coadjuvante político que se restringia ao papel de limitar o poder estatal. Após a Segunda Guerra Mundial surge, então, o Estado Constitucional de Direito, que é considerado o marco histórico do neoconstitucionalismo. Sob o ponto de vista histórico, é o Estado Constitucional de Direito o pós-Segunda Guerra Mundial. O Estado Constitucional de Direito tem como principal característica a força normativa da Constituição. A Lei Suprema passa, então, a ser o centro do ordenamento jurídico, a exercer função fundamentadora das demais normas e se torna o fundamento-presuposto de validade das demais normas do ordenamento político (BARROSO, 2013).

As normas constitucionais, segundo Barcellos (2011), passam a ter natureza axiológica sob o ponto de vista material, por meio da incorporação de valores sociais e políticos em suas regras e princípios, sobretudo naquilo referente aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. As normas constitucionais passam a ter, em razão disso, textura aberta que requer nova realidade na hermenêutica constitucional, em que se destacam os princípios da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, dando azo ao ativismo judicial.

Retomando às concepções do ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso (2013), sob o prisma filosófico, o pós-positivismo é marcado pela aproximação do direito com a moral, devendo o direito estar de acordo e compatível com a moral. Para muitos doutrinadores, tal fenômeno é considerado uma virada kantiana do direito (RADBRUCH, 1962). Isso ocorre em virtude da necessidade de o direito buscar reparar ou evitar que haja violação grave à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, há um debate travado no plano do neoconstitucionalismo entre o direito e a moral, e a síntese disso é o reconhecimento da força normativa dos princípios reputados como de alta carga axiológica, tais como igualdade, Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana. Desse modo, é de se constatar que tais princípios, por terem uma elevada carga axiológica, encontram-se imbuídos de valores morais, e essa aproximação do direito com a moral faz com que o primeiro passe a imprimir força normativa aos valores morais, sendo isto um dos marcos do neoconstitucionalismo (SARMENTO; NETO, 2014).

Para Dworkin (2014), considerado um dos pais do pós-positivismo, há verdadeira aproximação do direito com a moral, de modo que se verifica um condicionamento recíproco entre eles, podendo tal doutrina ter uma tese forte e fraca, concomitantemente. A tese forte entende que, havendo qualquer discrepância entre o direito e a moral, a norma jurídica pode ser invalidada. A tese fraca, por sua vez, considera que a norma jurídica só será considerada inválida caso viole a moral, de tal modo que torne o direito bastante injusto, algo que se contrapõe ao positivismo, que entende ser irrelevante se a norma jurídica é justa ou não. Dworkin entende que a moral atinge o direito no seu ponto existencial, enquanto Alexy (2001) percebe que a moral atinge o direito relativo à sua qualidade jurídica, e não no seu ponto existencial.

Para Barroso (2013), o marco teórico é a força normativa, a supremacia e a nova dogmática da interpretação constitucional. A ideia de força normativa da constituição tem como principal precursor Konrad Hesse (2009), que defendia que deveria haver uma relação de coordenação entre a norma e o fato, a fim de garantir normatividade à constituição. Tal interpretação está relacionada, sobretudo, com o princípio da supremacia da constituição, posto que tal princípio reproduz a ideia de que a Constituição é a *Lex Mater* que figura no topo do ordenamento jurídico.

Desse modo, constata-se que o neoconstitucionalismo promoveu profundas mudanças na estrutura e no modo de pensar do Estado e fez surgir o Estado Democrático de Direito. Tal modelo de Estado preocupa-se mais com a efetivação dos direitos fundamentais, conferindo força normativa à constituição que até então não tinha ocorrido. Tais mudanças foram de suma importância, dentre outras coisas, para a judicialização da saúde, tendo em vista a ampliação da Jurisdição Constitucional, de modo que o Poder Judiciário que, até aí era um mero aplicador de lei, passou a ser importante instituição na efetivação e concretização dos direitos da saúde. Com efeito, a sua jurisprudência passou a influenciar as políticas públicas no campo da saúde.

3 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

A doutrina clássica adota o interpretativismo, corrente que entende que o juiz, ao interpretar a norma constitucional, deve se atrelar àquilo que está expresso, ou ao que está claramente implícito na norma. Trata-se de limitação da atuação interpretativa do juiz. Já a corrente não interpretativista entende que o juiz, na interpretação da norma, poderia utilizar-se de valores constitucionais de justiça, não se limitando apenas aos elementos expressos ou àquilo que está claramente implícito; mais do que isso, poderia incluir valores constitucionais na interpretação das normas constitucionais. A partir disso, surgiram vários métodos e princípios, dentre os quais podem se destacar o método clássico, o tópico problemático, o científico espiritual, o normativo estruturante e o método da força normativa da constituição (STRECK, 2009).

Dentre vários métodos hermenêuticos, destacou-se o método da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, na instituição do neoconstitucionalismo. Para tal método hermenêutico, a norma constitucional vai ser interpretada partindo da própria norma, levando em consideração a pré-compreensão do intérprete de modo dinâmico. Em outras palavras, a interpretação da norma constitucional acontece e se desenvolve por meio do movimento

de ir e vir da pré-compreensão da norma constitucional. Tal pensamento dessa hermenêutica constitucional é oriundo da hermenêutica clássica de Heidegger e Gadamer, que defendiam que a interpretação é oriunda de um ciclo dinâmico entre a pré-compreensão e a compreensão, que seriam realizadas de forma sucessiva, a fim de obter o sentido ideal da norma.

Para Konrad Hesse (2009), responsável por desenvolver a concepção normativa da Constituição, esta possui força normativa – essa força normativa acontece por meio de um condicionamento recíproco entre a norma constitucional e o fato – de modo que essa normatividade da constituição surge dessa união da norma junto com a sociedade, garantindo, então, uma maior eficácia da norma perante a sociedade.

Diante disso, o neoconstitucionalismo prega a ideia de que a Constituição está situada no centro do ordenamento jurídico, e todas as demais normas do ordenamento jurídico devem ser interpretadas sob à sua luz. A esse fenômeno atribui-se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, característica presente em todas as normas constitucionais. Tal fenômeno se faz presente, inclusive, naquelas denominadas de normas de eficácia limitada, conforme a classificação de Afonso da Silva (2012), ou normas ditas de eficácia complementável, com fulcro na classificação de Maria Helena Diniz (1997). De acordo com Canotilho (2003), não existe norma com grau zero de eficácia, pois todas as normas constitucionais são aptas a produzir efeitos, ainda que inicialmente se limitem a efeitos negativos, tais como efeitos revogatório, inibitório e interpretativo.

Durante essa nova fase da interpretação constitucional, os princípios passaram a ser protagonistas, sendo, para muitos, normas-gênero, cujas espécies são os princípios e as regras. Os princípios, para Dworkin (2014), são denominados mandados de otimização que podem ser satisfeitos de várias formas e em diferentes graus, e possuem força normativa suficiente para revogar normas contrárias ao seu sentido. Esses princípios inibem condutas de incompatibilidade entre si e são utilizados como mecanismo de interpretação, tanto na elaboração das normas infraconstitucionais quanto nas constitucionais, bem como funcionam como ferramenta de parâmetro para controle da constituição, garantindo a sua supremacia.

Desse modo, conclui-se que, até mesmo as normas programáticas, como é o caso das normas de direito sanitário, por possuírem natureza de norma constitucional, podem produzir os seus efeitos, ainda que não regulamentadas, de modo que vincula o Poder Público a observar a sua essência, sendo vedado praticar condutas incompatíveis com tais objetivos constitucionalmente assegurados. Essa mudança de perspectiva decorre, principalmente, da nova hermenêutica constitucional, que atribui a todas as normas constitucionais eficácia vinculativa.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A concepção de judicialização dos direitos sociais reporta à ideia básica de um Judiciário que exerce papel proativo na sociedade, que será partícipe na instituição das políticas públicas bem como na efetivação dos direitos fundamentais (ASENSI, 2010). No mesmo sentido, Dallari (2007) entende que o Judiciário, uma vez provocado adequadamente, seria capaz de participar da formulação das políticas públicas.

Para Asensi (2010), ocorreu uma mudança de postura do Judiciário, posto que, durante o Estado Liberal, essa instituição jurídica exercia postura passiva, o que levou Montesquieu

(2010) a afirmar que o juiz era um mero *bouche de la loi* (boca da lei), uma vez que se limitava apenas a aplicar a lei ao caso concreto, não fazendo qualquer valoração da norma. Era, então, ínfimo o poder interpretativo dos magistrados durante essa época. Desse modo, verifica-se que a judicialização é marcada pela mudança de postura do Judiciário. Tal mudança passou a ser possível, principalmente, após o surgimento do neoconstitucionalismo, em razão da evolução da jurisdição constitucional, onde o Poder Judiciário passou a ser mais atuante e efetivo na busca do bem-estar da sociedade. Essa alteração de postura foi tão significativa que passou de consoante, asseveraram Viana *et al.* (1999, p. 39), “Poder ‘mudo’ a Terceiro Gigante”.

Para Barroso (2003), a judicialização é um fenômeno em que as questões políticas e sociais de alta relevância para sociedade passam a ser também resolvidas pelo Poder Judiciário, e não apenas pelas instituições tradicionais, tais como o Congresso Nacional e o presidente da República. Dessa forma, houve uma mudança de perspectiva do Judiciário, que passa a ser palco de debates e discussões acerca de questões importantes da vida social cotidiana, além de participar ativamente da construção do conteúdo legislativo, principalmente por meio do controle de constitucionalidade. Nesse caso, pode o Judiciário, por meio do instituto denominado de interpretação conforme a constituição, atribuir à lei um novo sentido a fim de que seja compatibilizada com o texto constitucional.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL VERSUS A RESERVA DO POSSÍVEL

A discussão a respeito da reserva do possível e do mínimo existencial é de suma importância, por se tratarem de institutos jurídicos que, muitas vezes, estão em situação de conflito, de modo que será preciso determinar qual deles irá preponderar no caso concreto. Essa preponderância de um perante o outro gera grande discussão na doutrina para definir qual deles irá prevalecer. Para os adeptos da reserva do possível, o Estado só poderia ser compelido a realizar prestações que sejam concretizáveis sob o ponto de vista econômico. Já para os defensores do mínimo existencial, tais direitos, por estarem relacionados com a dignidade da pessoa humana, deveriam prevalecer, não sendo razoável alegar a mera existência de dificuldade financeira para justificar o descumprimento das obrigações constitucionalmente impostas. De outro modo, tais direitos vinculados à dignidade da pessoa humana, em razão de suas características, deveriam ter prioridade de efetivação. A judicialização da saúde está dentro do contexto do mínimo existencial, uma vez que a saúde é considerada direito fundamental relevante para toda a sociedade, sendo inerente à pessoa humana, e, que, por isso, precisa de maior proteção e prioridade na sua efetivação.

Conforme aduz Sarlet (2012), o mínimo existencial possui origem histórica na doutrina alemã, podendo ser encontrados os seus indícios na Constituição de Weimar de 1919, a qual buscava condições materiais a fim de garantir vida digna para a existência humana. Cumpria ao Estado usar a estrutura adequada para garantir ao homem vida digna e condizente com a sua estrutura biopsicológica. De acordo com Ottor Bachof (1994), o princípio da dignidade da pessoa humana, presente em várias ordens constitucionais, não reclama apenas direito de liberdade dos indivíduos; exige do Estado a garantia de segurança social por meio de condutas materiais, a fim de garantir ao homem vida digna.

Desse modo, há de se inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana não se limita apenas a prever a existência de direitos; demanda do Estado a necessidade de interferência na garantia do exercício desses direitos, assegurando, por conseguinte, vida digna. Sarlet e Figueiredo (2008, p. 62) pensa, nesse sentido, que o mínimo existencial é “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”, uma “vida saudável”. Diante disso, o mínimo existencial pode ser entendido como a prestação material estatal indispensável que garanta à pessoa vida digna e saudável.

Assim, o mínimo existencial é algo de caráter amplo e abrangente; um conjunto de meios aptos a garantir prestações indispensáveis à sociedade, com o fito de efetivar a dignidade da pessoa humana. A sua concretização exige do Estado que participe ativa e efetivamente na prestação desses direitos fundamentais. Isso é relevante no contexto do direito à saúde, uma vez que deve o Estado tomar todas as medidas cabíveis e adequadas para realizar efetiva política pública capaz de satisfazer o interesse coletivo. A materialização desse fenômeno no direito à saúde pode ser percebido com a criação do Sistema Único de Saúde na distribuição de medicamentos, além da intervenção do Judiciário por meio da judicialização da saúde, podendo, desse modo, aferir-se o caráter amplo desse direito.

Consoante o escólio de Sarlet e Figueiredo (2008), o que se denomina de mínimo existencial não se confunde com mínimo vital ou de sobrevivência. Mínimo Existencial é algo bem mais amplo e engloba situações que permitem às pessoas vida com dignidade e perspectivas. A existência de direitos relativos ao mínimo existencial independe de previsão constitucional. Tal princípio, embora não possua previsão expressa na Constituição Federal de 1988, no entanto, está implicitamente previsto como fundamento da república denominado de dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

Assim, a existência do mínimo existencial e sua proteção independem de previsão expressa, uma vez que representam o conjunto de direitos indispensáveis à pessoa humana. Isso explica o caráter amplo da judicialização da saúde, posto que o Judiciário não se limita a concretizar apenas aquilo que está expressamente na lei e na constituição, posto que a satisfação pessoal é algo bem amplo. É o caso do entendimento da jurisprudência pátria, que admite a concessão de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, embora não haja previsão legal, o Poder Judiciário tem autorizado essa prestação, porquanto é necessária e urgente à vida humana, ressaltando, assim, o caráter exemplificativo desses direitos.

De acordo com os ensinamentos de Alexy (2001), as normas constitucionais, que reproduzem os direitos civis e políticos, os denominados direitos de liberdade de primeira geração ou dimensão, precisam garantir não apenas uma mera liberdade jurídica, mas, sim, uma liberdade fática. Nesse sentido, “a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor” (ALEXY, 2001, p. 486). Por assim dizer, não basta ao Constituinte fixar direitos de liberdade ao povo; é necessário que o Estado forneça meios e formas capazes de permitir que os indivíduos possam exercer plenamente os seus direitos assegurados, possuindo uma efetiva liberdade fática e não meramente uma liberdade jurídica.

Nesse viés, no que se refere ao mínimo existencial, não basta ao Estado fixar direitos na constituição; é mister que disponibilize meios capazes de instituí-los. Um exemplo bem importante a respeito do assunto é o direito fundamental à vida previsto na Constituição de 1988:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O direito à vida pode ser visto sob duas acepções: acepção negativa, que se refere ao direito de permanecer vivo, e acepção positiva, de ter vida com dignidade. Essa última acepção é de suma importância para compreender o sentido e o alcance do mínimo existencial, posto que, de acordo com essa vertente doutrinária, o direito fundamental à vida não exige do Estado apenas a preservação da vida do povo, mas algo além disso, que é garantir a esse mesmo povo o direito de permanecer vivo, de exercer a vida com dignidade. Para tanto, cabe ao Estado realizar prestações para propiciar condições fáticas para o exercício dessa vida com dignidade, garantindo a todos o mínimo existencial no exercício desse direito fundamental à vida.

É de se perceber, portanto, que o direito à vida previsto na Constituição de 1988 coaduna-se à ideia de Alexy (2001), que afirma que não basta prever liberdade, é necessário que o Estado crie mecanismos para o exercício efetivo dessa liberdade. Diante disso, não é suficiente prever o direito à vida; é necessário que se criem mecanismos para que se possa exercer a vida com dignidade e respeito ao mínimo existencial. Seguindo o raciocínio do referido filósofo, não é suficiente ao Estado prever política pública voltada ao direito à saúde; mais do que isso, é necessário que o Estado adote medidas fáticas e jurídicas suficientes para que essa política pública produza efetivamente efeitos e objetivos de forma adequada e eficiente.

Diante disso, quando o Estado cria a política pública relacionada à distribuição de medicamentos, ele deve criar mecanismos fáticos e jurídicos que possibilitem a distribuição aos necessitados. O outro pensamento de Alexy (2001) é a forma mais eficiente de se garantir o mínimo existencial, que é conferir a ele o *status* de direito fundamental social. Uma vez que determinado direito possua esse *status* de direito fundamental, ele será protegido de forma mais eficiente, livre do arbítrio e da ingerência estatais.

Essa inteligência de Alexy para a proteção dos direitos relativos ao mínimo existencial, dando a eles o *status* de norma constitucional, funda-se no Constitucionalismo. Este corresponde ao movimento político e social que visa a limitar o poder estatal por intermédio das atribuições de direitos aos indivíduos, posto que, uma vez atribuído direito a alguém, se está diminuindo o espaço de ingerência Estatal. Dessa forma, a maneira mais eficiente de proteger determinadas circunstâncias e situações benéficas aos indivíduos é por meio da sua incorporação pelo Direito. Este deverá limitar efetivamente o poder do Estado, impossibilitando o sacrifício de tais direitos. Sendo assim, a previsão do direito à saúde como direito fundamental social é uma forma de o constituinte proteger mais eficientemente esse importante direito fundamental.

A Teoria da reserva do possível, ou também conhecida como teoria da reserva do financeiramente possível, possui origem na Alemanha, em um precedente judicial no qual estudan-

tes pleitearam o acesso à faculdade de medicina, uma vez que vagas haviam sido limitadas. Os estudantes alegaram o direito de poder cursar a faculdade que almejavam, no entanto, o Tribunal Alemão não reconheceu esse direito, pois, na visão desse tribunal, tal pretensão não era razoável.

Para Sarlet e Timm (2010), a reserva do possível possui como pressupostos a existência e a dotação orçamentária dos recursos. A existência de recursos é um pressuposto fático para que se possa gastar, e a dotação orçamentária é um requisito formal visando a respeitar a responsabilidade financeira, algo a ser alcançado pelo Poder Público, cujo descumprimento acarreta sanções aos gestores públicos, como as previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual foi criada para estabelecer normas direcionadas à responsabilidade dos gestores em relação às finanças públicas. Os adeptos da reserva do possível, segundo a autora, alegam que não existem direitos fundamentais absolutos, e que a reserva do possível é pautada na aplicação de prestações não razoáveis.

A reserva do possível, para os seus defensores, constitui ferramenta de proteção da intervenção do Judiciário na realização das políticas públicas, posto que, para os seus adeptos, o Judiciário não poderia exigir do Poder Público algo que não é financeiramente possível. Dois dos fundamentos constitucionais na defesa da reserva do possível são a livre-iniciativa e o desenvolvimento econômico, os quais, enquanto princípios constitucionais, devem ser igualmente respeitados. Acresça-se a isso o argumento de que, para a maioria da doutrina, não há hierarquia entre direitos constitucionais.

A atual Constituição Federal busca organizar o orçamento público, e o desenvolvimento do orçamento público acontece por meio das Leis do Plano Plurianual, de Diretriz Orçamentária e Orçamentária Anual. Tais leis complementam-se e conduzem o orçamento público com vistas a organizar a forma de gasto da receita pública, e, caso o gestor descumpra seus objetivos, isso pode acarretar crime de responsabilidade. Essa é a previsão do artigo 167, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece que é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem prévia dotação orçamentária, acarretando o seu descumprimento crime de responsabilidade nos termos do artigo 85, VI, da Constituição Federal. Essa dotação orçamentária do Poder Público possui limites a serem observados. Para Scaff (2005), existem limites constitucionais a serem seguidos, tais como o princípio da legalidade, a capacidade contributiva, a anterioridade e a noventena. Além do mais, há algumas destinações específicas na lei. O artigo 212 da Constituição Federal estabelece a destinação de uma porcentagem do recurso público para a manutenção do ensino, e o artigo 198, § 2º, da Constituição Federal estabelece um percentual a ser destinado à saúde.

Diante disso, o administrador não possui discricionariedade absoluta e não pode escolher a forma que lhe convém no que se refere aos gastos dos recursos públicos, pelo que deve observar certos limites, dentre eles tributários, de destinação e até mesmo aquilo que se refere aos direitos da dignidade da pessoa humana. A propósito disso, o Poder Judiciário tem fixado parâmetros¹ para a concessão de tutelas liminares de urgência no que diz respeito

¹ V. o seguinte julgado, da lavra do Exmo. sr. min. Gilmar Mendes: STF – STA: 334 SC, Relator: min. presidente, Data de Julgamento: 16/4/2010, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 23/4/2010 PUBLIC 26/4/2010.

ao Direito à saúde. Como visto na introdução deste trabalho, a reserva do possível justifica-se sob os seguintes argumentos:

- 1) possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas;
- 2) o fornecimento de medicamento de alto custo pode inviabilizar o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como pode prejudicar o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população; e
- 3) decisões judiciais que deferem tutelas liminares de urgência podem configurar indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo relativas à condução de políticas públicas.

Quanto ao argumento de grave lesão à saúde pública, quando o Poder Judiciário decide por deferir pleitos liminares de elevado custo econômico para os cofres públicos, sem a prévia análise técnica da utilidade e/ou da eficácia da medida, atinge diretamente a capacidade financeira do Estado e acaba por comprometer o fornecimento de outros benefícios, também considerados relevantes para a coletividade. Ademais, essas decisões judiciais não contam com a respectiva previsão orçamentária e isso pode levar todo o sistema ao colapso. Sendo assim, defende-se que juízes, quando diante de pleitos relativos a direitos fundamentais, atentem para a reserva do possível, sob pena de causarem um mal maior a toda a sociedade.

Por fim, não se pode olvidar que a gestão do Sistema Único de Saúde deve respeitar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde. O sistema, todavia, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos, os quais são reconhecidamente escassos, da forma mais eficiente possível. Obrigar o Poder Público a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou o fenômeno da judicialização da saúde dentro da perspectiva do mínimo existencial e da reserva do possível. Nesse sentido, verificou-se que há constante colisão entre eles. Em razão disso, o direito à saúde, por se tratar de direito fundamental relacionado ao mínimo existencial, deveria preponderar. Tal raciocínio, no entanto, não pode ser aplicado de forma desproporcional, uma vez que não há direito fundamental absoluto. Nesse caso, deve-se aplicar o princípio hermenêutico da ponderação ou da concordância prática.

A relevância do tema é indiscutível, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, a judicialização dos direitos fundamentais é algo constante por meio do ajuizamento de ações judiciais, em especial a judicialização da saúde. Nessa perspectiva, a judicialização da saúde pode ser compreendida como fenômeno em que os indivíduos passam a acessar o Poder Judiciário individualmente, com o objetivo de pleitear algum direito relacionado com a saúde, o qual foi sonegado pelo Estado. O Poder Judiciário, por sua vez, deve respeitar algumas balizas sob pena de comprometer todo o sistema estatal.

Os parâmetros mencionados no texto, em que o Poder Judiciário deve se pautar, são: 1) possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas; 2) o fornecimento de medicamento de alto custo pode inviabilizar o adequado funcionamento do Sistema Público de Saúde, bem como pode prejudicar o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população; e 3) decisões judiciais que deferem tutelas liminares de urgência podem configurar indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo relativas à condução de políticas públicas.

Nesse vértice, o Poder Judiciário deve observar o princípio da proporcionalidade, uma vez que, em razão do Estado Democrático de Direito, são vedadas condutas abusivas bem como a violação ao princípio da separação dos poderes. Desse modo, cabe a esse Poder da República, nas lides relacionadas com o direito à saúde, analisar de forma adequada o caso concreto, a fim de deferir ou não a tutela jurisdicional pretendida, desde que não onere em demasia os cofres públicos e não colida com outros direitos ou interesses. Desse modo, é de se concluir que a judicialização da saúde corresponde a importante instrumento na efetivação dos direitos fundamentais, porém tal instituto deve ser efetivado de forma responsável pelo Poder Judiciário.

Além do mais, verificou-se que o Estado deve investir cada vez mais em ações preventivas de saúde, como saneamento básico, pois esses investimentos impactam diretamente na diminuição do número de pessoas doentes. Dessa forma, demonstra ser uma política pública eficiente, e que também beneficia a sociedade civil como um todo. Na mesma linha de argumentação, ressalta-se a importância de se incentivar e de se desenvolver ações coletivas, uma vez que estas impactam positivamente no bem-estar da população de um modo geral, e não se limita apenas àqueles que conseguem acessar o Judiciário.

7 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Version E. Garzon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ASENSI, F. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro, 2010.
- BACHOF, O. *Normas constitucionais inconstitucionais?* 1. ed. Coimbra: Almedina, 1994. 92 p.
- BARCELLOS, Ana Paula de *et al.* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 412.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 418.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Juris Plenum: Direito Administrativo*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 25-50, mar. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, dez. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Lei 8.090 de 19 de setembro de 1990*. Lei do SUS.
- BRASIL. *Portaria 3916 de 30 de outubro de 1998*. Política Nacional de Medicamentos.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Almedina, 2003.
- CLÉVE, Clémerson Merlin *et al.* Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 205-266. V. 1.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 166.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 2014. p. 536.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabri Editoras, 2009.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles. *Do espírito da lei*. Tradução Roberto Leal Ferreira. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2010.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- SANCHÍS, Luis Pietro. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palesta Editores, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 18 fev. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel; NETO, C. Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum 2014.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, João Pessoa, n. 4, jan./dez. 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 594.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.9069>

PODER DE FATO E PODER DE DIREITO NO EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR: Da Vontade Geral Como Condição para a Instauração da Democracia Participativa

Luiz Carlos Mariano da Rosa

Observatório Político. Rua Almerindo Lessa/Pólo Universitário do Alto da Ajuda – 1349055 – Lisboa/Portugal.
<http://lattes.cnpq.br/0084141477309738>. <http://orcid.org/0000-0001-7649-2804>.
marianodarosalettras@outlook.com

RESUMO

Baseada na teoria de Rousseau, a pesquisa assinala que, consistindo na condição *sine qua non* para o exercício da soberania popular em uma construção que converge para as fronteiras que encerram a Constituição e o Estado, a Vontade Geral envolve a possibilidade de articulação da totalidade dos homens na condição de indivíduos em sua concreticidade histórico-cultural e econômico-social, o que implica a universalidade concreta, que advém do conjunto de vontades e fato econômico que caracteriza a sociedade e a dinâmica das relações intersubjetivas. Dessa forma, fundamentado em uma pesquisa bibliográfica, o artigo dialoga com a perspectiva da teoria institucional de Castoriadis, Lapassade e Lourau, defendendo que, caracterizando-se como um processo ético-jurídico de deliberação coletiva que implica a objetivação dos valores, necessidades e fins do povo como corpo coletivo e moral por meio de um movimento econômico-político que envolve os momentos que encerram o instituído, o instituinte e a institucionalização, a Vontade Geral converte o conteúdo político-social em poder de direito. Assim sendo, convergindo para a superação da universalidade de um Direito que encerra um “dever-ser” e uma exterioridade coercitiva que se impõe em nome do bem comum da totalidade político-jurídica e econômico-social do Estado, a pesquisa mostra que a Vontade Geral se sobrepõe à ruptura que, envolvendo a ordem jurídica e a ordem social, caracteriza a instituição estatal sob a égide do liberalismo, possibilitando a instauração da democracia participativa.

Palavras-chave: vontade geral; soberania popular; Estado; Direito; democracia participativa.

POWER OF FACT AND POWER OF LAW IN THE EXERCISE OF POPULAR SOVEREIGNTY: OF THE GENERAL WILL AS CONDITION FOR THE INSTAURATION OF PARTICIPATIVE DEMOCRACY

ABSTRACT

Based on Rousseau's theory, the research points out that, constituting the *sine qua non* condition for the exercise of popular sovereignty in a construction that converges to the boundaries that enclose the Constitution and the State, the General Will involves the possibility of articulation of the totality of the men as individuals in their historical-cultural and socio-economic concreteness, which implies the concrete universality that comes from the set of wills and economic fact that characterizes society and the dynamics of intersubjective relations. In this way, based on a bibliographical research, the article dialogues with the perspective of the institutional theory of Castoriadis, Lapassade and Lourau, defending that, characterizing itself as an ethico-juridical process of collective deliberation that implies the objectification of values, needs and ends of the people as a collective and moral body through an economic-political movement that involves the moments that enclose the instituted, the institute and the institutionalization, the General Will converts the political-social content into the power of law. Therefore, converging to overcoming the universality of a Law that contains a “duty-to-be” and a coercive exteriority that is imposed in the name of the common good of the political-juridical and economic-social totality of the State, research shows that the General Will overlaps with the rupture that, involving the juridical order and the social order, characterizes the state institution under the aegis of liberalism, enabling the establishment of participatory democracy.

Keywords: general will; popular sovereignty; State; Right; democracy participative.

Recebido em: 25/5/2019

Aceito em: 6/7/2021

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Sobrepondo-se à condição que implica uma soma de caráter puro e simples envolvendo as vontades particulares e que consiste em um resultado que não representa senão a vontade de todos ou da maioria, à Vontade Geral, segundo a leitura de Rousseau, o que se impõe é a distinguibilidade entre o mundo privado, dirigido pelas vontades particulares (que por meio dos atos particulares convergem para as fronteiras dos interesses particulares), e o mundo público, cujo governo está sob o poder da vontade que tende ao horizonte que encerra o interesse geral ou comum e que se manifesta por intermédio dos atos gerais (as leis, no caso), perfazendo “realidades” que assinalam uma separação radical que traz como fundamento a própria natureza de ambas.

Nessa perspectiva, a Vontade Geral, segundo a leitura rousseauiana, converge para assegurar que a soberania não se impõe mediante uma ordem superior de caráter natural ou divino senão por intermédio do próprio povo enquanto tal, que implica uma condição que pressupõe a união das vontades individuais por meio de um contrato que, perfazendo a organização social, para que seja justo não pode se lhes privar do essencial para a existência humana, a saber, a liberdade. A conservação da liberdade, cuja perda ou comprometimento se impõe como uma questão incogitável no tocante ao estabelecimento da organização social, demanda que a soberania não seja exercida senão pelo próprio povo por meio da Vontade Geral, pois se o contrato acarreta uma alienação total é porque carrega a possibilidade de assegurar a sobreposição do coletivo em relação ao individual e, conseqüentemente, a construção de uma ordem igualitária.¹

Dessa forma, o pacto por intermédio do qual uma coletividade, sob a aceção que envolve uma pessoa moral, estabelece um engajamento recíproco com seus membros na condição que os encerra individualmente, não pode convergir senão para a conclusão que assinala que se apenas uma das partes guarda possibilidade de não cumprir os compromissos ora assumidos, a saber, no caso dos particulares, o que se impõe ao corpo do povo em via de constituição é a sua impossibilidade de prejudicar os seus membros, à medida que acarretaria o seu próprio prejuízo, visto que mesmo que fosse de um deles as conseqüências alcançariam todos igualmente.²

Extrapolando os limites de um caráter rígido e estático de um fenômeno sempre idêntico a si, a Vontade Geral consiste em um processo que envolve uma relação dialética em sua construção que, por essa razão, longe de supor o aniquilamento do homem na condição de indivíduo e sua vontade particular, demanda a vivência do paradoxo que envolve a sua condição de cidadão por meio de uma construção que assinala que se o poder emerge como suscetível de cessão, o que se impõe à vontade não é senão o seu caráter inalienável, à medida que tal transmissão, convergindo para um pacto de “submissão”, inconcebível no tocante ao pacto que engendra a ordem social, destituiria o conjunto dos cidadãos do *status* de um “povo” propriamente dito, o que implica a impossibilidade acerca da representação da soberania.

¹ Na medida em que “o pacto social estabelece entre os cidadãos tal igualdade, que eles se comprometem todos nas mesmas condições e devem gozar todos dos mesmos direitos. Igualmente, devido à natureza do pacto, todo o ato de soberania, isto é, todo o ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de modo que o soberano conhece unicamente o corpo da nação e não distingue nenhum dos que a compõem” (ROUSSEAU, 1999b, p. 97 *et seq.*).

² “Enquanto os súditos só estiverem submetidos a tais convenções, não obedecem a ninguém, mas somente à própria vontade, e perguntar até onde se estendem os direitos respectivos do soberano e dos cidadãos é perguntar até que ponto estes podem comprometer-se consigo mesmos, cada um perante todos e todos perante cada um” (ROUSSEAU, 1999b, p. 97 *et seq.*)

À impossibilidade de que a vontade seja alienada o que se impõe não é senão, concomitantemente, a sua indivisibilidade, à medida que o seu fracionamento se lhe atribui caráter particular em um processo que encerra a Vontade Geral como um momento do todo, o que requer uma síntese das determinações histórico-culturais e econômico-sociais que caracterizam a vida dos homens como indivíduos concretos no âmbito do corpo coletivo e moral e os perfazem como tais, convergindo para a objetivação de valores, necessidades e fins por intermédio de um movimento que, abrangendo o instituído, o instituinte e a institucionalização,³ impõe-se à organização do poder, à ordem político-jurídica e à instituição do Estado.

Nessa perspectiva, a Vontade Geral⁴ constitui-se no veículo da manifestação dos interesses que, no que respeita aos indivíduos, cada um tem em comum em relação aos demais, convergindo para a conclusão de que o seu atendimento envolve menos a parte do que o todo, tendo em vista que emerge como a tradução do que há de comum em todas as vontades individuais, perfazendo, em suma, a unificação da multiplicidade dos contratantes, não convergindo senão, dessa forma, para as fronteiras que encerram o próprio sentido da democracia.⁵

A possibilidade de que o Estado supere a condição que atrela o seu poder ao conceito de uma “força arbitrária”, eis o que compete à Vontade Geral, à medida que se o ordenamento e a composição da forma institucional estatal guardam raízes em um determinado sistema político-jurídico,⁶ o que se lhe impõe é a Constituição, para a qual converge o processo que envolve as decisões coletivas e, antes, a sua deliberação,⁷ o que implica o exercício de uma “força institucionalizada” que sob a acepção de um poder sociopolítico e jurídico acena com a capacidade do povo de autogoverno e com o diálogo entre as relações e normas, reprodução e produção, so-

³ Perfazendo o resultado envolvendo um conflito incessante entre o instituído e o instituinte, segundo Lourau (1996), a instituição guarda correspondência, em suma, com um processo, convergindo para as fronteiras que encerram uma produção social, o que implica um movimento que, trazendo como base a concreticidade de um determinado estrato natural disposto, caracteriza-se pela relação dialética que atribui à sociedade a condição de “autoalteração perpétua”, de acordo com Castoriadis (1986), que supõe um processo cuja manifestação se desenvolve por meio de uma posição que carrega fixidez e estabilidade relativas e da emergência de uma ruptura que tende a engendrar outra forma de ser de uma instituição que consiste intrinsecamente em história.

⁴ “Um ato puro do entendimento” que implica, em cada indivíduo, um raciocínio que emerge do silêncio das paixões. À Vontade Geral, segundo Diderot, cabe o exercício do poder Legislativo, cuja perspectiva influencia a leitura rousseauiana na construção da referida teoria (a saber, que envolve a Vontade Geral), para a qual converge também a visão de Spinoza, que se detém na questão que se refere à “mente comum” e à impossibilidade de que o Estado venha errar, embora, nesse caso, correspondendo à lógica que assinala por que não conhece um poder que se lhe sobreponha, superando-o.

⁵ Cabe salientar que “se as ‘regras do jogo’ perfazem uma condição necessária para a instauração da democracia, o que se impõe ao seu exercício é mais do que as formas de representação que a caracteriza no âmbito do liberalismo senão também a construção de institutos que possibilitem um processo direto, participativo, além da criação de instrumentos jurídicos e econômico-sociais que viabilizem a sua prática, convergindo para a emergência do viés subversivo e anticapitalista em cujas fronteiras guarda raízes e sobrepujando a definição minimalista que a ideologia (burguesa) se lhe atribui” (MARIANO DA ROSA, 2014, p. 125).

⁶ “Como idéia-limite, o programa liberal cria o Estado ético, isto é, um Estado que idealmente está acima das competições de classe, do cruzamento e choque dos agrupamentos que compõem a realidade econômica e tradicional. Este Estado é mais uma aspiração política do que uma realidade política; existe apenas como modelo utópico, mas este seu ser é precisamente uma miragem que o torna robusto e o transforma numa força de conservação. Na esperança que ele se realize finalmente na sua completa perfeição, muitos encontram a força para o não renegarem e, portanto, para não procurarem substituí-lo” (GRAMSCI, 1976, p. 115).

⁷ Eis os princípios expostos por Gramsci em relação ao momento em questão: “Os componentes da colectividade devem, portanto, pôr-se de acordo, discutir entre eles. Através da discussão, deve resultar uma fusão dos espíritos e das vontades. Os elementos singulares de verdade, que cada um pode oferecer, devem sintetizar-se na complexa verdade e ser a expressão integral da razão. Para que isto se realize, para que a discussão seja exaustiva e sincera, é necessária a máxima tolerância. Todos devem estar convencidos que aquela é a verdade e que, portanto, é preciso necessariamente pô-la em prática” (GRAMSCI, 1976, p. 172, grifos do autor).

berania e direito, forma e conteúdo, que contempla valores, necessidades e objetivos do corpo coletivo e moral por intermédio da articulação na instância institucional dos momentos do *instituído*, do *instituinte* e da *institucionalização*, estabelecendo a correspondência entre a legislação e a realidade da vida dos homens em sua concreticidade histórico-cultural e econômico-social que a realização ou a construção da democracia como ordem sociopolítica e jurídica demanda.

A convergência para a igualdade, eis a tendência que caracteriza a Vontade Geral que, segundo a sua natureza, contrapõe-se ao caráter das vontades particulares, que não encerram senão as predileções individuais, o que inviabiliza um acordo constante, demandando tal relação que a Vontade Geral, soberana, se sobreponha às vontades particulares em um processo que atribui à Vontade Geral a exteriorização da subjetividade coletiva do Estado (*ich-kollektivität*) e a subjetividade dos indivíduos na condição de membros da organização social (*ich-individualität*), encerrando em si a possibilidade de conciliar o antagonismo para o qual convergem, cuja superação a sua objetivação assegura.⁸

Se à infalibilidade da Vontade Geral o que se impõe não é senão o postulado que encerra a noção de que o povo incorporado quer sempre e necessariamente o bem comum, que implica simultaneamente todos e cada um, segundo a leitura de Rousseau, a unidade que caracteriza em seu princípio a Vontade Geral guarda correspondência com a impossibilidade de se dividir a soberania por meio de um movimento reducionista, nem tampouco, mantendo a referida perspectiva, fazê-la seu objeto.⁹

Carregando a possibilidade de que os homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social não sejam relegados à margem da ordem sociopolítica, cuja instituição é constituída por valores, necessidades e objetivos que emergem das relações sociais engendradas no âmbito das forças produtivas, a Vontade Geral converge para um sentido de organização que se sobrepõe à noção que mantém estas em condição de exterioridade no que se lhe concerne, como se as formas institucionais não se lhes guardassem raízes, configurando uma es-

⁸ Tendo em vista a leitura que assinala que “cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde, e maior força para conservar o que se tem” (ROUSSEAU, 1999b, p. 70 *et seq.*).

⁹ Contrapondo-se à concepção de soberania desenvolvida por meio do idealismo de Hegel, Marx afirma: “Como se o povo não fosse o Estado real. O Estado é um *abstractum*. Somente o povo é o *concretum*. E é notável que Hegel atribua sem hesitação uma qualidade viva ao *abstractum*, tal como a soberania, e só o faça com hesitação e reservas em relação ao *concretum*” (MARX, 2010, p. 48, grifos do autor). Dessa forma, recorrendo ao texto de Hegel, Marx salienta que, atribuindo ao conceito de soberania duas definições opostas, o filósofo do *idealismo absoluto* relaciona a soberania popular à noção que encerra “pensamentos confusos”, e “representação *desordenada*”. Eis a citação de Hegel e a crítica de Marx: “Mas soberania popular, definida em *oposição à soberania existente no monarca*, é o sentido ordinário em que se começou a falar de soberania popular nos últimos tempos – nessa oposição a soberania popular pertence aos pensamentos confusos, em cujo fundamento reside a representação *desordenada* do povo.

Os ‘pensamentos confusos’ e a ‘representação *desordenada*’ encontram-se, aqui, somente em Hegel. Certamente: se a soberania *existe* no monarca, é uma estupidez falar em uma soberania oposta existente no povo, pois é próprio do conceito de soberania que ela não possa ter uma existência dupla, e muito menos oposta” (MARX, 2010, p. 48, grifos do autor).

E Marx conclui, esclarecendo que: “Mas:

1) a questão é, precisamente, a seguinte: não é uma ilusão a soberania absorvida no monarca? Soberania do monarca ou do povo, eis a *question*.

2) pode-se falar, também, de uma soberania do povo *em oposição à soberania existente no monarca*. Mas, então, não se trata de uma única e mesma soberania, nascida de ambos os lados, mas de *dois conceitos absolutamente contrapostos de soberania*, dos quais um é tal que só pode chegar à existência em um monarca, e o outro tal que só o pode em um povo. Do mesmo modo em que se pergunta: é Deus o soberano, ou é o homem o soberano? Uma das duas soberanias é uma falsidade, ainda que uma falsidade existente” (MARX, 2010, p. 49, grifos do autor).

pécie de arcabouço existente *a priori* e ao qual se impõe uma integração que demanda o exercício da coação¹⁰ que, indispensável à sua sobrevivência como tal, torna sem efeito (supérfluo) o acordo tácito ou formulado que transforma um conjunto de indivíduos em seus membros.

2 DA VONTADE GERAL COMO UM PROCESSO ÉTICO-JURÍDICO DE DELIBERAÇÃO COLETIVA E MOVIMENTO ECONÔMICO-POLÍTICO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER: *PODER DE FATO E PODER DE DIREITO* NO EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR

À ruptura envolvendo a ordem jurídica e a ordem social (político-social), que converge para atribuir uma condição de justaposição a ambas no âmbito das relações que as caracterizam e as distinguem como tais em uma conjuntura que as encerram como duas expressões do funcionamento da totalidade social, o que se impõe é a Vontade Geral como um processo ético-jurídico de deliberação coletiva que implica a objetivação de valores, necessidades e fins do povo como corpo coletivo e moral por meio de um movimento econômico-político que envolve os momentos que encerram o instituído, o instituinte e a institucionalização¹¹ e que guarda possibilidade de se sobrepor às distinções abstratas do pensamento que dialoga com o ideal liberal da Justiça e o seu caráter conservador. Tal ideal tende a “desprezar” a dinâmica das relações sociais, interindividuais, intersubjetivas, e “sacrificar” a sua vitalidade em nome da formalidade tecnicista que mantém raízes em um viés antropológico reducionista, que pressupõe o Estado sob a acepção de uma totalidade ético-jurídica e econômico-política¹² que transcende a sociedade e corresponde às aspirações, não dos indivíduos concretos que a perfazem, mas da sua “essência”, como se esta representasse uma realidade “transcendental” e não a substantivação dos fenômenos das vivências histórico-culturais e econômico-sociais dos seres humanos.¹³

¹⁰ Baseado no direito de propriedade o sistema social converge para a construção de relações que, envolvendo os homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social entre si, não se caracterizam senão como uma sequência ilimitada de reparações e represálias, perfazendo uma organização político-jurídica cujo poder se impõe por meio da violência que, guardando correspondência com o próprio recurso instaurador da “sociedade civil”, consiste, em função da sua “força”, na única alternativa capaz de viabilizar a paz, convergindo para as fronteiras que implicam que “a colocação das técnicas do poder capitalista, a constituição dos dispositivos disciplinares, a emergência das instituições ideológico-culturais, pressupõem a monopolização da violência pelo Estado, recoberta precisamente pelo deslocamento da legitimidade para a legalidade e pelo reino da lei” (POULANTZAS, 1981, p. 91.)

¹¹ Se o instituinte consiste em um momento do processo de institucionalização que encerra o movimento de produção do sistema de valores, necessidades e fins que converge, nas fronteiras da instituição, para a constituição do instituído, o instituído configura a condensação do conteúdo que emerge do instituinte, o que implica que, nesta relação, “o instituinte aparece como um processo, enquanto o instituído aparece como resultado” (LAPASSADE, 1989, p. 30).

¹² Alcança relevância, nesta perspectiva, o esclarecimento de Kosik acerca da noção de totalidade segundo o método dialético: “O ponto de vista da totalidade concreta nada tem de comum com a totalidade holística, organicista ou neo-romântica, que hipostasias o todo antes das partes e efetua a mitologização do todo. A dialética não pode entender a totalidade como um todo já feito e formalizado, que determina as partes, porquanto à própria determinação da totalidade pertencem a *gênese* e o *desenvolvimento* da totalidade, o que, de um ponto de vista metodológico, comporta a indagação de como *nasce* a totalidade e *quais são as fontes internas do seu desenvolvimento e movimento*. A totalidade não é um todo já pronto que se recheia com um conteúdo, com as qualidades das partes ou com as suas relações; a própria totalidade é que se concretiza e esta concretização não é apenas criação no conteúdo mas também criação do todo” (KOSIK, 1976, p. 58 et seq., grifos do autor).

¹³ Tendo em vista que, segundo Nicos Poulantzas, “Este Estado apresenta-se como Estado-popular-de-classe. Suas instituições apresentam-se como organizadas em torno dos princípios da liberdade e da igualdade dos indivíduos. A legitimidade deste estado se baseia no conjunto de ‘indivíduos-cidadãos formalmente livres e iguais’, na soberania popular e na responsabilidade laica do Estado para com o povo. O próprio ‘povo’ é erigido em princípio de determinação do Estado, não enquanto composto por agentes da produção distribuídos em classes sociais, mas enquanto massa de indivíduos cidadãos, cujo modo de participação em uma comunidade política nacional se manifesta no sufrágio universal, expressão da ‘vontade geral’” (POULANTZAS, 1977, p. 119).

Se a ordem político-jurídico se impõe à relação do homem como indivíduo concreto diante do mundo, convergindo para institucionalizar as fronteiras que pretendem distinguir ambas as “realidades”, simultaneamente possibilitando o intercâmbio devido, desde que de acordo com o horizonte de normas e prescrições em questão, o que cabe à Vontade Geral é a instauração de um processo que se sobrepõe às noções de interioridade e exterioridade no que respeita à instituição social e às formas que se lhe estão atreladas, superando, no que se relaciona ao sujeito em si, a concepção que se lhe atribui a condição que pressupõe a “interiorização” dos valores e práticas, condutas e comportamentos, necessidades e finalidades, como fundamento do sistema institucional que, nesta perspectiva, detém o “direito” de exercer o poder da “coação incondicionada”, que se torna, pois, indispensável à sua sobrevivência como tal.

Consistindo no direito absoluto do corpo coletivo e moral, a Vontade Geral não se impõe senão como condição para o exercício da soberania popular, convergindo, em razão do processo que envolve as decisões coletivas e, antes, a sua elaboração, para as fronteiras que encerram a Constituição¹⁴ e o Estado que dela emerge na dialética que implica os momentos que encerram o instituído, o instituinte e a institucionalização por meio de um movimento que perfaz a sua totalidade enquanto tal e traz o povo real como fundamento.

Nessa perspectiva, o que cabe à Vontade Geral é a possibilidade de superação da ruptura entre o Estado e a sociedade civil, que representam, respectivamente, o Estado político e o Estado não político, na medida em que impede que a Constituição, que tende a corporificar a Vontade Geral através das leis para as quais converge a sua manifestação nas assembleias, interponha-se entre o povo (o “todo”, o poder constituinte) e a sua própria “essência”. Essa “essência” é suposta em sua existência que, como tal, assegura a preeminência do interesse comum em face dos interesses particulares que se lhe opõem, o que implica a sobreposição da alienação política, que não envolve senão a inversão das posições abrangendo o povo (“Estado real”) e a Constituição (Estado político), tendo em vista que aquele, destituído do seu conteúdo genérico, perde seu estatuto fundante, tornando-se refém deste último, sua própria criação (MARIANO DA ROSA, 2015b, p. 20 *et seq.*).

Emergindo como limite para o exercício da subjetividade absoluta a Vontade Geral encerra uma condição que, guardando raízes nas fronteiras de um *humanismo abstrato*, dialoga com a manifestação de uma individualidade preñe de uma concepção antropológica baseada em uma construção metafísica e trans-histórica que converge para uma ordem social que implica a justaposição de “consciências” e vontades, como se houvesse possibilidade de que cada qual se mantivesse imune ao processo intersubjetivo, ao outro, no âmbito das relações do sistema produtivo, sobrepondo-se à universalidade concreta que advém do conjunto de vontades e fato econômico que caracteriza a verdadeira coexistência “humana”.

Possibilitando que o corpo coletivo e moral exerça o controle das suas condições de existência, a Vontade Geral envolve um processo que viabiliza a intervenção direta do povo

¹⁴ “Por certo, Rousseau não nega que o Estado possa dar-se uma constituição, mas, para ele, essa constituição só existe pela vontade do soberano, o qual pode mudá-la quando lhe apraz. As leis do Estado, inclusive as leis fundamentais, são apenas a expressão da vontade geral. Basta, portanto, que essa vontade mude para que as leis estabelecidas sejam revogadas e substituídas por outras: a autoridade que as dita pode também aboli-las” (DERATHÉ, 2009, p. 483).

no destino dos homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social, sobrepondo-se à abstração que caracteriza a concepção que se lhe atribui “naturalidade”, assinalando a divisão do trabalho¹⁵ – e a dependência universal que lhe é decorrente – como uma forma de colaboração universal inevitável, que converge para a construção de um poder cuja noção escapa aos próprios agentes envolvidos, como se representasse um fenômeno que encerra um movimento desenvolvido sem o protagonismo dos sujeitos em sua vida efetiva.

Conforme os princípios da inalienabilidade do poder de determinar as regras (isto é, a “soberania” do trabalho não como uma classe particular, mas como condição universal da sociedade) e da delegação de papéis e funções sob regras bem específicas, definidas, flexivelmente distribuídas e adequadamente supervisionadas, o estabelecimento de uma forma socialista de tomada de decisão exigiria invadir e reestruturar radicalmente os domínios materiais antagônicos do capital. Um processo que deveria ir bem além do princípio da soberania popular inalienável de Rousseau e seu corolário delegatório. Ou seja, numa ordem socialista, o processo “legislativo” deveria ser fundido ao próprio processo de produção de tal modo que a necessária *divisão horizontal do trabalho* (...) fosse complementada em todos os níveis, do local ao global, por um sistema de *coordenação* autodeterminado do trabalho. Esta relação contrasta agudamente com a perniciosa *divisão vertical do trabalho* do capital, que é complementada pela “separação dos poderes” em um “sistema político democrático” alienado e inalteravelmente imposto às massas trabalhadoras (MÉSZÁROS, 2011, pp. 828 *et seq.*, grifos do autor)

Convergindo para a superação das particularidades que caracterizam os homens como indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social, a Vontade Geral tende à construção de uma universalidade que escapa à abstração¹⁶ e emerge através do próprio movimento da vida, à medida que implica uma condição que possibilita, no tocante aos sujeitos, a realização da consciência de si, tornando-os empiricamente universais, não mediante uma “soma de consciências” ou de uma “força objetiva”, mas sobrepondo-se ao arbítrio e ao determinismo, por intermédio de uma relação dialética que acena com o horizonte de uma autêntica intersubjetividade.

Nesta perspectiva, a Vontade Geral emerge como um processo ético-jurídico que implica a ordenação dos homens como indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social em relação ao Estado como uma totalidade sociopolítica e jurídica por intermédio

¹⁵ Cabe registrar, nessa perspectiva, a crítica de Proudhon acerca do referido desequilíbrio econômico-social: “Se o trabalho é a fonte de toda a riqueza, se é o guia mais seguro para seguir-se a história dos estabelecimentos humanos sobre a face do globo, como a igualdade na distribuição, a igualdade na medida do trabalho, não seria uma lei?

Se, ao contrário, existem riquezas que não provêm do trabalho, como a posse destas riquezas é um privilégio? Qual é a legitimidade do monopólio? Que se exponha pois, de uma vez por todas, esta teoria do direito ao consumo improdutivo, esta jurisprudência do belprazer, esta religião da ociosidade, prerrogativa sagrada de uma casta de eleitos!” (PROUDHON, 2003, p. 173).

¹⁶ Haja vista a perspectiva que assinala que “a dialética de universal e particular na sociedade tem uma função de grande monta; o particular representa aqui, precisamente, a expressão lógica das categorias de mediação entre os homens singulares e a sociedade”, conforme esclarece Lukács, que conclui: “Assim, Marx – nos *Manuscritos Econômico-Filosóficos* – diz: ‘Deve-se evitar, sobretudo, fixar a ‘sociedade’ como uma abstração em face do indivíduo. O indivíduo é *ente social*. A sua manifestação de vida – mesmo que não apareça na forma direta de uma manifestação de vida *comum*, realizada ao mesmo tempo com outros – é, portanto, uma manifestação e uma afirmação de *vida social*. A vida individual e a vida genérica do homem não são *distintas*, ainda que – necessariamente – o modo de existência da vida individual seja um modo mais *particular* ou mais *geral* de vida genérica, e a vida genérica seja uma mais *particular* ou mais *geral* vida individual” (LUKÁCS, 1978, p. 93, grifos do autor).

da integração dinâmico-dialética para a qual converge o movimento econômico-político que encerra os momentos que se impõem à universalidade, à particularidade e à singularidade¹⁷ que se lhes constituem como tal, perfazendo uma conjuntura que escapa à dissolução dos membros do corpo coletivo e moral em seu arcabouço e tende às fronteiras que acenam com uma diferenciação progressiva entre as subjetividades empíricas que, longe de diluir os vínculos interindividuais, consubstanciam um liame de ordem ético-política por intermédio da consciência da interdependência que advém em razão da condição de cidadão e súdito que simultaneamente assume o sujeito em sua existência coletiva e em sua vida histórico-cultural.

Resultando do movimento econômico-político que encerra os momentos do instituído, do instituinte e da institucionalização, e do processo ético-jurídico de deliberação coletiva que por meio dele desenvolve-se no sentido que implica a correlação envolvendo a universalidade, a particularidade e a singularidade e perfaz a totalidade sociopolítica e jurídica da sua forma institucional, o Estado não consiste senão em uma unidade concreta que emerge da ação histórico-social e traduz um complexo de valores que se caracteriza como base para o exercício do poder que corporifica como tal em uma composição dialética que converge para as fronteiras de uma representação que encerra a noção de bem comum.

Nessa perspectiva, como instância da correlação envolvendo legalidade e moralidade, a Vontade Geral converge para uma síntese que, longe de eliminar a distinção que as caracteriza, implica a superação que se lhes atribui condição de complementaridade e possibilita que o Direito conserve uma autonomia que não permite, contudo, a sua sobreposição no que concerne ao poder, ao Estado, ao povo.

Se cabe ao Estado um poder cujo exercício converge, em última instância, para as fronteiras que encerram a capacidade de criação do Direito em sua forma e materialidade, o que implica a manifestação de uma vontade que, transcendendo a vida histórico-cultural e econômico-social dos homens em sua concreticidade, se lhes mantém sob a égide de uma relação de exterioridade coercitiva, à condição atribuída a instituição estatal como pessoa coletiva e soberana o que se impõe é a intersecção que entre poder de fato e poder de direito a Vontade Geral como um processo ético-jurídico de deliberação coletiva encarna e que, por meio do movimento econômico-político que encerra a sua instauração, não instrumentaliza senão a soberania popular.¹⁸

¹⁷ Recorrendo à perspectiva de Lourau (1996), cabe esclarecer que, em última instância, se o conceito de instituição, em seu momento da universalidade, guarda correspondência com o conteúdo da ideologia, dos sistemas de normas, dos *patterns* (padrões), dos valores que guiam a socialização, em seu momento da particularidade não perfaz senão o conjunto das determinações materiais e sociais que converge para negar a universalidade imaginária do primeiro momento, emergindo o referido conceito, em seu momento de singularidade, sob a égide das formas organizacionais, jurídicas ou anômicas, que se impõem como necessárias para atingir um determinado objetivo ou finalidade.

¹⁸ “Que será, pois, propriamente, um ato de soberania? Não é uma convenção entre o superior e o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legítima por ter como base o contrato social, equitativa por ser comum a todos, útil por não poder ter outro objetivo que não o bem geral, e sólida por ter como garantia a força pública e o poder supremo” (ROUSSEAU, 1999b, p. 98)

3 DA VONTADE GERAL COMO UM PROCESSO ÉTICO-JURÍDICO DE OBJETIVAÇÃO DOS VALORES, NECESSIDADES E FINS DO POVO ENQUANTO CORPO COLETIVO E MORAL: da integração dinâmico-dialética à totalidade sociopolítica e jurídica

Se a história humana emerge sob a condição que caracteriza o homem como um ser que se exterioriza, necessitando, para a sua realização, tanto dos outros quanto da natureza, guardando uma particularidade que, em virtude da posse de determinados bens (simbólicos e “concretos”), converge para uma situação de antagonismo no que respeita aos semelhantes, a Vontade Geral não se impõe senão como possibilidade de superação do problema da coexistência humana, à medida que consiste em um processo que se sobrepõe à subjetividade absoluta, escapando ao racionalismo que, como um fenômeno ideológico, defende a existência de uma moral universal *a priori*, cuja demanda, no tocante à reconciliação dos homens entre si e a eliminação da oposição e do paradoxo que a vida coletiva supõe, implica a sua correspondência à “boa vontade” kantiana.

Nesta perspectiva, a Vontade Geral consiste em um processo que envolve a institucionalização do conjunto das regras que, em última instância, convergem para a definição do uso que compete à coletividade desenvolver no que diz respeito ao substrato material, produto do investimento dos homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social na construção da história que, longe de se circunscrever à justaposição de “consciências de si”, de “eus” e seus interesses privados, guarda um sentido que supõe a inter-relação de consciências situadas sob uma condição de envolvimento com a própria situação que tendem a assumir, se lhes tornando inescapável em um contexto cuja lógica mostra que a ação individual carrega um compromisso que não se esgota em si, mas alcança todos quantos, afirmando-a ou negando-a, mantêm-se no horizonte inevitável que os seus efeitos circunscreve.

Guardando possibilidade acerca da instauração de uma relação dialética envolvendo a história em ato e a história em ideia, a Vontade Geral converge para as fronteiras que encerram a transformação em vida das concepções abstratas em um processo que implica a construção da consciência¹⁹ por meio da experiência dos homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social na esfera do jogo das forças produtivas.²⁰ Dessa forma, constituindo-se um processo que, implicando as decisões coletivas e, antes, a sua elaboração, a Vontade Geral consiste no exercício que possibilita que o corpo coletivo e moral guarde a capacidade de criar o seu destino em lugar de sofrê-lo passivamente.

¹⁹ Na medida em que, conforme esclarece Poulantzas, “o Homem é um ser-no-mundo; é uma pura privação subjetiva, carência, necessidade, desejo de algo diferente de si, de uma natureza que o rodeia e que ele precisa conquistar para a satisfação de suas necessidades e desejos. A natureza, o mundo, nega o homem; ser hostil é o primeiro momento dialético da existência humana, o momento da pura subjetividade. O homem, no segundo momento da antítese, exterioriza-se e se objetiva em suas ações; ele nega o mundo, conquista-o, submete-o a seus fins: sua consciência ‘retorna’ a si mesma, na terceira fase da síntese, enriquecido o seu significado objetivo, reconhecendo-se em suas obras e suas ações, conciliando-se com o mundo” (POULANTZAS, 1965, p. 90).

²⁰ Tendo em vista que “(o) sistema social socialista não deve e nem pode ser senão um produto histórico, nascido da própria escola da experiência, nascido na hora da sua realização, resultando do fazer-se da história viva (...). O socialismo, por sua própria natureza, não pode ser outorgado nem introduzido por decreto. Ele pressupõe uma série de medidas coercitivas, contra a propriedade, etc. Pode-se decretar o negativo, a destruição, mas não o positivo, a construção” (LUXEMBURGO, 1991, p. 92).

Nesta perspectiva a virtude, segundo a leitura rousseauiana, não consiste senão em uma relação dialética envolvendo a moral individualista, que caracteriza o sistema contratual que se impõe como fundamento da ordem sociopolítica, e a moral cívica, que implica o princípio da república, de acordo com a perspectiva de Montesquieu, convergindo, dessa forma, para a construção da Vontade Geral que, como veículo de expressão do interesse comum, guarda correspondência com um processo que abrange o conhecimento do bem geral (ou bem comum), sob a aceção de uma espécie de viés paradigmático que surge para possibilitar o exercício da soberania mediante a elaboração do arcabouço de leis e normas responsáveis pela dinâmica e pelo equilíbrio da vida da comunidade, enfim, pela sua existência como tal.

Longe de se caracterizar como uma abstração destituída de qualquer valor prático, o que se impõe à Vontade Geral e ao seu exercício não é senão a possibilidade de fixação dos fins políticos que se lhe mantêm inerentes através de uma correlação que implica as lutas da opinião pública, as eleições, as discussões parlamentares, os plebiscitos, dentre outros eventos que convergem para a constituição de um sistema dinâmico-dialético que perfaz a unidade da ordem sociopolítica e expressa o interesse comum, sobrepondo-se à estaticidade que exclui a participação ativa do povo na construção da referida experiência (MARIANO DA ROSA, 2015b, p. 22)

Da necessidade de superação de um conceito de interesse comum atrelado a sua forma institucional, eis o que se impõe ao Estado que, no que se relaciona aos reais interesses particulares e coletivos, mantém condição de independência, convergindo para uma trans-historicidade que tende a estabelecer uma relação de exterioridade coercitiva envolvendo o Estado e a sociedade, à medida que pressupõe os homens como individualidades abstratas e consciências justapostas organizadas sob a égide de um poder que, transcendendo a realidade concreta da vida histórico-cultural e econômico-social, detém a capacidade de realizar a adaptação dos sujeitos à universalidade abstrata que caracteriza a sua constituição.²¹

À Vontade Geral como um processo ético-jurídico de deliberação coletiva que se desenvolve por intermédio do movimento econômico-político de objetivação de valores, necessidades e fins do corpo coletivo e moral e converge para a totalidade sociopolítica e jurídica do Estado, o que se impõe é uma forma institucional que implica a inter-relação fundamental envolvendo todos os aspectos constitutivos da realidade que abrange desde a vida histórico-cultural até a vida econômico-social e encerra a interdependência dos homens na condição de indivíduos em sua concretude como membros do sistema, se lhes atribuindo a responsabilidade moral tanto na esfera particular quanto na esfera coletiva concernente à construção de uma organização igualitária. Tal organização implica a capacidade de autogoverno (autoges-

²¹ Na medida em que “o sistema jurídico moderno, distinto da regulamentação feudal baseada em privilégios, reveste um caráter ‘normativo’, expresso em um conjunto de leis sistematizadas a partir dos princípios de liberdade e igualdade: é o ‘reino’ da lei. A igualdade e a liberdade dos indivíduos-cidadãos residem na sua relação com as leis abstratas e formais, as quais são tidas como enunciando essa vontade geral no interior de um ‘Estado de direito’. O Estado capitalista moderno apresenta-se, assim, como encarnando o interesse geral de toda a sociedade, como substancializando a vontade desse ‘corpo político’ que seria a ‘nação’” (POULANTZAS, 1977, p. 119)

tão)²² tendo em vista que uma ordem que priorize uma parcela da sociedade em detrimento de outra e exclua da noção de bem comum a condição originária de codependência dos seres humanos que a integram tende à autodestruição, à medida que supõe uma independência abstrata baseada na justaposição de consciências e no exercício de uma liberdade que não pode transcender a subjetividade, posto que ilimitada, infinita, como um fenômeno existente *a priori*, trans-histórico, transpessoal, trans-humano, haja vista que

... as coisas mais profundas, as mais importantes, as mais duráveis, não foram ditas pelos “Civilizadores, mas pelos “selvagens” que de repente saíram do fundo da sociedade... O exemplo que mais me interessa é o da criação de novas formas institucionais. É preciso que os operários parisienses façam a Comuna... É preciso que o povo russo crie os *soviets*... Na Hungria ninguém ‘ensinou’ as pessoas... os operários formaram conselhos de fábrica. Todas essas formas não foram nem preditas, nem deduzidas de uma teoria qualquer; elas foram criadas pelas pessoas, em sua luta e através dela (CASTORIADIS, 1983, p. 241s)

Sobrepondo-se à condição de um valor que pertence a todos em virtude da união que os caracteriza na constituição da organização social, o bem comum se impõe aos homens enquanto indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social como membros da totalidade sociopolítica e -jurídica ora designada como Estado,²³ à medida que a sua noção depende da relação que nesta perspectiva os tais mantêm, não consistindo em um mero somatório dos bens individuais nem tampouco a sua negação, configurando uma unidade sintética que escapa ao ideal de uma concepção *a priori*, metafísica e trans-histórica, e tende a corresponder, por meio do funcionamento da forma institucional estatal e das suas atividades, às necessidades e aos objetivos atrelados ao conceito de cidadania²⁴ e ao seu exercício.²⁵

Resultante da superação do antagonismo envolvendo as vontades particulares e os seus interesses, o bem comum converge para um conceito que, encerrando o fim para cujas fronteiras tende a organização social, implica uma noção universal de justiça que longe de

²² Tendo em vista a perspectiva que sublinha que “[...] cada um, determinando-se livremente por adesão ao que compreende ser o melhor para si mesmo, encontra todos os outros sujeitos racionais para ajustar livremente a instituição do mesmo contrato que realiza a Vontade Geral. Assim, todos os membros do corpo social se dão a si mesmos (criam contratualmente) uma lei geral (e isso será a autonomia) que os organiza sem gerar entre eles diferenças de poder, num sistema federal cuja ‘circunferência está em toda parte, o centro em parte alguma’” (GUILLERM; BOURDET, 1976, p. 52).

²³ “Portanto, só quando assume um certo ‘caráter’ específico é que cada indivíduo passa a incluir um membro do corpo soberano – o qual não é mera agregação de indivíduos em suas particularidades. Ao ser membro do corpo soberano, cada indivíduo deve considerar somente o interesse comum de que compartilha com outros indivíduos iguais a ele; deve considerar-se, e julgar e decidir, somente como um ‘componente do povo’” (DENT, 1996, p. 90).

²⁴ Consistindo na apropriação do patrimônio socialmente construído, tanto quanto na atualização das potencialidades de realização humana disponibilizadas em cada contexto historicamente determinado, o conceito de cidadania guarda raízes nas fronteiras que encerram a ideia de soberania popular, implicando a emergência efetiva das condições sociais e institucionais capazes de possibilitar ao conjunto dos cidadãos a participação ativa na formação do governo e, consequentemente, no controle da vida social, convergindo o seu caráter “pleno” para um processo que envolve o exercício dos direitos nas esferas civil, política e social, segundo o contributo do sociólogo britânico T. H. Marshall (1967).

²⁵ “Se a liberdade é irrealizável sem a igualdade, esta, cuja emergência concreta se circunscreve ao âmbito da associação dos homens, não se impõe senão através de uma base material, o que demanda da organização social não menos do que o controle no que concerne à propriedade, que implica uma condição que guarda correspondência com os direitos econômicos atrelados ao exercício da cidadania que, segundo a leitura rousseauiana, envolve uma prática que demanda o referido conteúdo, à medida que traz como base a vontade geral e o interesse comum, tendo em vista a impossibilidade desta inter-relação na esfera de uma sociedade caracterizada pela desigualdade, que pressupõe a prevalência dos interesses privados dos indivíduos em detrimento daquele, o qual, para o bem da coletividade, se lhes deve sobrepor” (MARIANO DA ROSA, 2014, p. 123)

se reduzir ao caráter abstrato de uma construção existente *a priori*, que transcende, pois, as condições histórico-culturais e econômico-sociais, consiste em uma relação que guarda correspondência com a concreticidade da vida dos homens como subjetividades empíricas e individualidades reais através dos momentos que abrangem a universalidade, a particularidade e a singularidade e perfazem a universalidade de fato, configurando a realidade sociopolítica e -jurídica da totalidade que se impõe à forma institucional do Estado.

Consistindo em um movimento ético-jurídico de objetivação dos valores, necessidades e fins do corpo coletivo e moral que guarda possibilidade de estabelecer uma relação envolvendo o jogo sociocultural e as suas múltiplas circunstâncias, que convergem para as fronteiras que encerram exigências particulares de justiça que escapam ao arcabouço jurídico e se impõem ao processo ético-jurídico de deliberação coletiva e à ação instituinte para a qual tende, a Vontade Geral restitui o conteúdo da forma institucional do Estado, tornando a Constituição e as suas leis expressões da universalidade concreta que lhes cabe como tais.

Se a Vontade Geral consiste, em um momento, em uma espécie de padrão de orientação no que concerne a uma determinada proposição e à sua relação com o bem comum, em outro, subsequentemente, assume a condição de resultado do processo, do qual não emerge senão como a sua declaração (Vontade Geral). Esta é a expressão do interesse comum, guardando as leis, que corporificam os atos gerais, a possibilidade de o indivíduo alcançar no estado social uma condição capaz de correlacionar liberdade, “moralidade” e “virtude”, escapando à dependência dos homens e, conseqüentemente, ao caráter arbitrário de suas vontades e seus interesses particulares (MARIANO DA ROSA, 2015b, p. 19).

Nessa perspectiva, a Vontade Geral vem à tona como um processo ético-jurídico de deliberação coletiva que emerge da solidariedade subjetivo-objetiva dos homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social como membros do corpo coletivo e moral e converge, por meio do movimento econômico-político de objetivação dos valores, necessidades e fins que se lhe impõem, para a integração dinâmico-dialética que perfaz a totalidade sociopolítica e jurídica ora designada como Estado e cuja forma resulta das correlações que abrangem o instituído, o instituinte e a institucionalização.

4 DA VONTADE GERAL COMO UM PROCESSO ÉTICO-JURÍDICO DE DELIBERAÇÃO COLETIVA E UM MOVIMENTO ECONÔMICO-POLÍTICO DE OBJETIVAÇÃO DO CONTEÚDO DA VIDA HISTÓRICO-CULTURAL E ECONÔMICO-SOCIAL DO CORPO COLETIVO E MORAL: entre a unidade múltipla da sociedade (*unitas ordinis*) e a totalidade político-jurídica e econômico-social do Estado

Constituindo-se a superação de um conceito de História que se circunscreve ao simples encontro de indivíduos absolutamente autônomos, os quais, emergindo mediante uma sucessão descontínua, não guardam raízes nem posteridade ou, antes, mudança, a Vontade Geral implica um processo que se sobrepõe à noção de consciência sob a acepção de uma totalidade que se esgota em si em uma conjuntura no âmbito da qual as consciências porventura se imponham como “consciências de si” justapostas, cada qual encerrando, no tocante ao outro, o caráter de uma pura consciência por si, tendo em vista que a sua construção assinala que a condição dos homens não é senão a condição de seres situados, determinados pelo

tipo de relação que mantêm com os homens, com o mundo e com a natureza em razão do sistema econômico-social em vigor e pela atividade que como indivíduos concretos na esfera das forças produtivas cabem desenvolver, o que os torna titulares de situações que constituem uma situação comum, configurando uma lógica que sublinha que a ação individual não perfaz um evento isolado em uma disposição que se lhe esteja contida em si, mas supõe um compromisso que traz imbricado em seu movimento ou intenção a vida, a existência e o destino de outros.

Se, agora, nos voltarmos para esses atos singulares, veremos neles uma multiplicidade não menos complexa de processos. Sobretudo são atos necessariamente imediatos no processo de reprodução social dos respectivos seres humanos singulares. Que sejam aí respostas primárias que os seres humanos são levados a dar às situações sociais, processos, etc., no interesse de sua autorreprodução, isto também nos é conhecido. Agora importa apenas confirmar o exposto até aqui complementando e, ao mesmo tempo, acrescentando que a almejada, de maneira mais ou menos consciente pelos seres humanos singulares, unificação subjetiva desses seus atos de reação ao ambiente social só pode ser observada, em sua imediaticidade artificialmente a mais simplificada, como atos puramente subjetivos no sentido estrito. Não apenas o que ela desencadeia é, por fim, ocasião para produzir uma “resposta” às questões postas pela sociedade, mas também seu conteúdo, embora sua intenção imediata parta do sujeito enquanto tal, pode ser orientado, sobretudo quanto ao seu teor, para a generidade dos seres humanos concernidos. Como o homem não pode agir em situações humanamente vazias, em cada um dos seus feitos, mesmo nos mais pessoais, como toda tentativa de realização dos seus pensamentos ou sentimentos pessoais partem de comunidades humanas e, de alguma maneira, desemboca nelas, precisamos afirmar com Marx: “O homem é, no sentido mais literal, não um animal social, mas um animal que pode isolar-se apenas em sociedade”. Assim, precisamente o teor pessoal mais autêntico de tais decisões na síntese singular e, ainda mais, em sua síntese unificadora da particularidade pessoal na práxis, tem de alguma maneira de orientar-se para os problemas da sociedade existente, tem de incluir o esforço para desempenhar um papel determinado, adequado à personalidade, na generidade nascente, não importa com quais conteúdos e direções conscientes (LUKÁCS, 2010, p. 101 *et seq.*).

Se uma pluralidade de sujeitos converge para as fronteiras que encerram a “vontade de todos”, o que se impõe à Vontade Geral não é senão um processo que implica a intersubjetividade, à medida que, longe da perspectiva que defende que os homens na condição de sujeitos concretos mantêm relações entre si nas quais as “consciências” se expõem como tais (havendo possibilidade de que cada qual exerça a sua individualidade absoluta), o que ocorre é uma ligação que traz como fundamento as ações, implicando uma correspondência envolvendo a totalidade das ações deliberadas ou não, cuja prática e influência porventura alcancem os outros e o mundo, tendo em vista a medida comum que, abrangendo aspectos positivos e aspectos negativos, dialoga respectivamente com uns e com outros em razão da lógica de uma situação comum, constituída, pois, por aqueles que, como titulares, não escapam à regra do jogo, a saber, escolher, independentemente das consequências, como “consciências situadas” que são.

Caso-limite envolvendo as possibilidades de manifestação dos homens como indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social, a Vontade Geral converge para a construção da universalidade concreta (universalidade de fato), a saber, aquela que escapa à

abstração que se detém nas fronteiras da reflexão, circunscrevendo-se a uma concepção que não guarda raízes na situação vivida, mas pretende superar as particularidades pelo pensamento e pelo procedimento que lhe é próprio, tendo em vista que a superação da universalidade com a qual acena demanda a sua vivência efetiva, à medida que o que se impõe não é senão a necessidade atrelada, pois a sujeitos empiricamente universais, cuja condição não corresponde senão à correlação que abrange o modo de existência particular e a “essência” e a “natureza” que advêm dele, se lhes especificando como tais.

Consistindo na possibilidade de articulação da totalidade dos homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social, a Vontade Geral converge, por meio dos momentos que implicam a universalidade, a particularidade e a singularidade, para a experiência da construção da universalidade de fato, à medida que converte o conteúdo político-social em um poder de direito mediante um processo ético-jurídico que envolve a constituição do Estado como tal, sob a acepção de uma forma institucional capaz de corresponder às necessidades e aos objetivos do corpo coletivo e moral ora designado como povo.

O Estado existe *somente* como *Estado político*. A totalidade do Estado político é o *poder legislativo*. Tomar parte no poder legislativo é, por isso, tomar parte no Estado político, manifestar e realizar sua *existência* como *membro do Estado político*, como *membro do Estado*. Que, portanto, *todos singularmente* queiram participar no poder legislativo não é senão a vontade de *todos* de ser *membros* reais (ativos) do *Estado* ou de se dar uma *existência política* ou de manifestar e realizar sua própria existência como existência política (MARX, 2010, p. 132, grifos do autor).

Sobrepondo-se à competência de cada indivíduo entre aqueles que em sua concretude histórico-cultural e econômico-social perfazem o corpo coletivo e moral ora designado como povo, as decisões coletivas consistem em decisões não individuais que emergem de uma totalidade social cujos membros guardam condição de interdependência, a despeito dos antagonismos que caracterizam as relações interindividuais no arcabouço das forças produtivas, o que implica a necessidade da sua superação pelo movimento ético-jurídico de objetivação do conteúdo da vida histórico-cultural e econômico-social do corpo coletivo e moral. Tal movimento ético-jurídico de objetivação encerra um processo lógico-político baseado nos imperativos da Justiça segundo o ideal que, guardando raízes nas fronteiras das contingências históricas, impõe-se às relações intersubjetivas, convergindo para atribuir à ordem jurídica formal da legislação positiva a substancialidade vital que requer a dinâmica de uma forma institucional que não se reduz à uniformidade estática que carrega a noção de um sistema definitivo que, em nome do máximo controle dos movimentos humanos, demanda a adaptação e a normalização dos seus agentes em razão do Estado como totalidade ético-jurídica e econômico-política.²⁶

²⁶ Razão pela qual a teoria política de Rousseau assinala que “a declaração da vontade soberana em legislação é por meio da Vontade Geral, que é a única que legitima a Lei. Como súdito, cada indivíduo está subordinado a uma lei em cuja elaboração participou como membro do corpo soberano. Na opinião de Rousseau, nenhuma outra base da lei pode ser legítima. A lei que é proclamada por apenas alguns poucos num Estado impõe servidão àqueles que são compelidos a sujeitar-se-lhe e não lhes estabelece nenhuma obrigação de obediência” (DENT, 1996, p. 90).

Processo ético-jurídico de deliberação coletiva que converge para um movimento econômico-político de objetivação de valores, necessidades e fins do corpo coletivo e moral por intermédio dos momentos que, envolvendo o instituído, o instituinte e a institucionalização, perfazem a totalidade sociopolítica e jurídica do Estado, à Vontade Geral o que se impõe é a manifestação da unidade múltipla da sociedade (*unitas ordinis*) que, encerrando simultaneamente conteúdo e forma, produção e reprodução, estabilidade e instabilidade, tende a se sobrepôr ao caráter estático da ordem vigente em razão dos motivos econômico-sociais e político-sociais que emergem das relações dos homens como indivíduos concretos entre si e as unidades sociais particulares.

Ao arcabouço de uma forma institucional que se mantém sob condição de ruptura no que tange à sociedade civil e detém a estrutura jurídica que a capacita a controlar os antagonismos envolvendo as vontades particulares e os seus interesses corporificados pelas unidades sociais particulares no jogo das forças produtivas, o que se impõe é a Vontade Geral como um processo ético-jurídico de deliberação coletiva que por meio do movimento econômico-político de objetivação dos valores, necessidades e fins do corpo coletivo e moral converge para um conteúdo que atribui à Constituição e às suas leis a universalidade de fato que a sociedade e a dinâmica das relações intersubjetivas demandam em seu funcionamento.²⁷

Nesta perspectiva, a Vontade Geral consiste em um processo ético-jurídico de deliberação coletiva que por meio do movimento econômico-político de objetivação dos valores, necessidades e fins do corpo coletivo e moral converge para a superação da noção de poder social como poder alienado, que escapa aos homens em sua concretude histórico-cultural e econômico-social e se lhes exerce uma relação de exterioridade coercitiva, guardando raízes em uma forma institucional que sem a vitalidade do conteúdo da vida histórico-cultural e econômico-social do povo se esgota como uma totalidade ético-jurídica cuja função restringe-se a determinar a “existência legal” das subjetividades empíricas.

Em geral, pode-se dizer que a distinção entre o conjunto dos homens e outros homens mais especificamente legisladores é dada pelo fato de que este segundo grupo não só elabora diretrizes que se devem tornar norma de conduta para os outros, mas, ao mesmo tempo, elabora os instrumentos através dos quais as próprias diretrizes serão “impostas” e será controlada sua aplicação. Deste grupo, o poder legislativo máximo reside no pessoal estatal (funcionários eleitos e de carreira), que têm à disposição as forças coercivas legais do Estado. Mas não se pode dizer que os dirigentes de organismos e organizações “privadas” também não disponham de sanções coercivas, até a pena de morte. A capacidade máxima do legislador pode-se deduzir do fato de que, à perfeita elaboração das diretrizes, corresponde uma perfeita preparação do consenso “espontâneo” das massas, que devem “viver” aquelas diretrizes, modificando seus hábitos, sua vontade e suas convicções de acordo com aquelas diretrizes e com os objetivos que elas se propõem atingir (GRAMSCI, 2007, p. 302).

Se ao Direito cabe organizar a vida social e as relações que implicam o seu funcionamento, se lhes conferindo a estabilidade necessária, o que demanda a condição essencial que está atrelada à sua estrutura formal e à sua função normativa, o que se impõe à Vontade

²⁷ “Quando se propõe uma lei na assembléia do povo, o que se lhes pergunta não é precisamente se aprovam ou rejeitam a proposta, mas se estão ou não de acordo com a vontade geral que é a deles; cada um, dando o seu sufrágio, dá com isso a sua opinião, e do cálculo dos votos se conclui a declaração da vontade geral” (ROUSSEAU, 1999b, p. 205).

Geral é a possibilidade que carrega, como um movimento ético-jurídico de objetivação dos valores e fins do corpo coletivo e moral, no sentido de estabelecer correspondência envolvendo realidades sociais concretas, sobrepondo-se à caracterização do fenômeno jurídico como produto de forças que mecanicamente convergem para a sua manifestação em um exercício que guarda exterioridade concernente aos homens em sua vida efetiva, em sua existência histórico-cultural e econômico-social.

5 ASPECTOS CONCLUSIVOS

Da superação das noções envolvendo interioridade e exterioridade que caracterizam as formas institucionais que encerram uma identidade baseada em um conteúdo que, transcendendo os homens na condição de indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social, dialoga com uma perspectiva metafísica e trans-histórica, eis o que se impõe à Vontade Geral cuja emergência, abrangendo os fenômenos propriamente sociais, implica um processo de dessubjetivização que guarda raízes nas fronteiras que alcançam desde as abstrações até as necessidades dos sujeitos como membros do corpo coletivo e moral, conferindo, dessa maneira, a condição de “instituições vivas” aos modos de existência institucionalizados.

A relação envolvendo soberania e Vontade Geral não se impõe senão através de um processo dialético que, guardando raízes no horizonte da organicidade, acena com uma complexidade estrutural cuja constitutividade encerra uma multiplicidade de forças antagônicas, convergindo para as fronteiras da autogestão, que longe de constituir o Estado constitui-se por si o Estado, detentor de um poder que não emerge originariamente como extrassocial, mesmo que aparentemente seja relegado a tal condição ou venha assumi-la como imposição de uma das suas partes constitutivas, o que, em última instância, não se caracteriza senão como uma ruptura. Dessa forma, pois, o sistema autogestionário, em contraposição ao arcabouço que encerra o antagonismo envolvendo Estado e sociedade (ou, segundo a referida dicotomia, o *político* e o *social*), constitui um sistema que encerra elementos que, inter-relacionados, legislam em causa própria, esvaziando, desse modo, o sentido que carrega a vontade de todos (maioria), se lhe sobrepondo pela concepção que pretende a reconstrução da sociedade civil e a sua transformação na verdadeira infraestrutura social, que demanda, em última instância, a morte das instituições, a sua transformação ou a inversão de seu sentido, conforme a tendência instaurada pelo poder político autogestor, ao qual cabe possibilitar à sociedade a liberdade de autoinstituição. (ROSA, 2017, p. 56 *et seq.*, grifos do autor)

Nessa perspectiva, o contrato emerge como a institucionalização do próprio povo que dele advém como poder, posto que detentor de uma soberania que se impõe como inalienável,²⁸ haja vista que a possibilidade envolvendo a sua suposta transferência por intermédio da representação caracteriza como negativa a associação em questão, à medida que inevita-

²⁸ “Na realidade, a soberania, tal como concebe Rousseau, não é a ‘força pública’, ela é somente a vontade que dirige o emprego dessa força. Segundo o *Contrato social*, ‘a soberania é apenas o exercício da vontade geral’. Segundo o *Emílio*, ‘a essência da soberania consiste na vontade geral’. Essas fórmulas não deixam subsistir nenhum equívoco sobre o verdadeiro pensamento do autor. Por sua natureza, a soberania é única e essencialmente *vontade*. Se a soberania é indivisível e inalienável, é porque a vontade não se transmite e não se divide” (DERATHÉ, 2009, p. 426, grifos do autor).

velmente acarreta a perda da liberdade e a desigualdade,²⁹ tendo em vista que constitui uma esfera que tende à independência, sobrepondo ao interesse comum os “interesses privados” em nome de um “bem comum” que prioriza determinados indivíduos ora constitutivos de uma classe em detrimento de outros, perfazendo uma estrutura que em razão da referida hierarquia não converge senão para a legitimação de uma ordem injusta.³⁰

Caracterizando-se como a força de coesão que perfaz um todo, a Vontade Geral converge para um conjunto que implica uma tendência que não pode guardar correspondência senão com a sua formação econômico-social, se lhe escapando qualquer influência externa capaz de determiná-la como tal, tornando-se o interesse comum a sua única possibilidade de expressão, tendo em vista que a preeminência do privado se impõe como um acontecimento que envolve o seu esvaziamento em razão do predomínio das vontades individuais. Dessa forma, a predominância dos interesses individuais, o seu mero somatório, pois, impedindo a constituição da Vontade Geral, não converge senão para enfraquecer a coesão do conjunto, perfazendo uma estrutura cujas partes, não mais do que justapostas, encerram distorções no que respeita à disposição na organização social, que se torna um arcabouço de injustiças e desigualdades.³¹

Se a leitura liberal atribui à democracia a condição que a circunscreve a uma forma constitucional capaz de assegurar, em suma, os direitos aos indivíduos, cumprindo a função de proteger um em relação ao outro no que tange ao seu exercício, cuja capacidade, contudo, baseada em padrões formais e ideais de conduta e comportamento, permanece relegada às fronteiras da liberdade “negativa”, ao tipo participativo o que se impõe não é senão a necessidade que implica um processo (educacional) que envolve uma espontânea e ativa participação grupal ou comunitária de indivíduos autônomos. Nesse sentido, a base motivacional que se lhes determina, guardando correspondência com uma identificação que dispensa qualquer espécie de influência externa e demanda um envolvimento pessoal, emerge como endógena, transcendendo o âmbito de uma organização ou instituição particular, que encerra um conceito e uma dinâmica que tendem a uma lógica funcional, mecanicista, destituída de indícios de humanidade (ROSA, 2017, p. 57).

²⁹ “As relações políticas instauradas através da instituição da sociedade política e do Estado *jurídico*, o que se impõe é uma formação econômico-social que guarda correspondência com as ações atomísticas dos indivíduos singulares que, trazendo como fundamento um liame constante e necessário entre si, convergem para a emergência de uma finalidade interior que se lhes determina, perfazendo um conjunto organizado que expressa a *verdade* da vida econômica por intermédio de um corpo daquilo que ora se designa como leis, sob cuja égide a economia monetária advém e impera, resultando, contudo, em um desajuste que tende a introduzir no sistema contradições insuperáveis e antagonismos inelutáveis que culminam na transformação do indivíduo em um meio por intermédio do qual o outro leva a efeito as suas vontades e interesses, tendo em vista o endosso jurídico que as desigualdades alcançam no estado cívico” (MARIANO DA ROSA, 2015a, p. 100 *et seq.*, grifos do autor).

³⁰ Haja vista que “o poder, instrumento da força coletiva, criado na sociedade para servir de mediador entre o trabalho e o privilégio, encontra-se encadeado fatalmente ao capital e dirigido contra o proletariado. Nenhuma reforma política pode resolver esta contradição, pois, como os próprios políticos o confessam, tal reforma apenas daria mais extensão e energia ao poder e, a menos que se derrube a hierarquia e se dissolva a sociedade, o poder não poderia tocar nas prerrogativas do monopólio. O problema, pois, consiste, para as classes trabalhadoras, não em conquistar, mas sim em vencer ao mesmo tempo o poder e o monopólio, o que significa fazer surgir das entranhas do povo, das profundezas do trabalho uma autoridade maior, um fato mais poderoso, que envolva o capital e o Estado e que os subjugue. Toda a proposição de reforma que não satisfaça a esta condição será apenas um flagelo a mais, uma verga em sentinela, *virga vigilantem* diria um profeta, que ameaça o proletariado” (PROUDHON, 2003, p. 434).

³¹ Nesta perspectiva, cabe recorrer à interpretação de Rousseau envolvendo o processo da instauração da desigualdade que, baseado em três etapas, converge para a institucionalização do estado do rico, do poderoso e do senhor, em contraposição à condição do pobre, do fraco e do escravo: “Se seguirmos o processo da desigualdade nessas diferentes revoluções, verificaremos ter constituído seu primeiro termo o estabelecimento da lei e do direito de propriedade; a instituição da magistratura, o segundo; sendo o terceiro e último a transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Assim o estado de rico e de pobre foi autorizado pela primeira época; o de poderoso e de fraco pela segunda; e, pela terceira, o de senhor e escravo, que é o último grau da desigualdade (...)” (ROUSSEAU, 1999a, p. 110).

Se a democracia não consiste senão na realização do corpo coletivo e moral como ordem jurídica,³² o que se impõe à Vontade Geral como condição para o seu exercício pelos homens como indivíduos em sua concretude histórico-cultural e econômico-social é a sua capacidade de estabelecer a necessária correspondência envolvendo a construção da democracia como ordem sociopolítica e jurídica, convergindo para a superação de uma relação baseada na universalidade de um Direito que se circunscreve às fronteiras que encerram um “dever-ser”, guardando compatibilidade com a noção que supõe uma exterioridade coercitiva cujo efeito emerge sob uma forma institucional de caráter abstrato. Tal forma institucional detém-se em uma igualdade formal no âmbito de uma organização social³³ constituída por indivíduos que, em virtude das particularidades que perfazem as suas necessidades e da lógica que preside as suas estruturas, acenam com a formação de riquezas que se limita à vida privada,³⁴ contemplando uma legislação que traz um conjunto de normas que visam a assegurar o fundamento econômico-social, a saber, a propriedade,³⁵ além da divisão do trabalho,³⁶ que se lhe é subsequente, o que torna o conceito de polícia preeminente, tendo em vista o *status* atribuído à segurança da posse, que engendra um contexto incapaz de produzir a experiência da universalidade de fato, relegando o universal ao campo do Direito que, em razão da sua natureza, prescinde do sentido imediato da totalidade político-social que a existência efetiva, real, expõe e reclama, ocultando-se sob a égide da monológica abstração e do papel que demanda das individualidades que se lhe integram no que respeita à elevação da sua consciência ao “universal”.³⁷

³² “A possibilidade de superação da alienação na esfera política, eis o que se impõe à democracia, à medida que se caracteriza como a construção coletiva do espaço público, implicando a plena participação consciente de todos na gestão e no controle do âmbito político, conforme a leitura rousseauiana que envolve a ‘soberania popular’, constituindo-se a reabsorção dos bens sociais através dos cidadãos um pressuposto democrático que não converge senão para o conceito de cidadania, que se constitui uma capacidade adquirida, seja por alguns indivíduos, seja por todos os indivíduos (no caso de uma democracia efetiva), que implica na apropriação do patrimônio socialmente construído, tanto quanto na atualização das potencialidades de realização humana disponibilizadas em cada contexto historicamente determinado” (MARIANO DA ROSA, 2014, p. 131).

³³ Alcança relevância, nessa perspectiva, a diferenciação envolvendo as concepções políticas de sociedade em questão: “A dicotomia comunidade- associação pode ser ligada a contrastantes concepções políticas de sociedade – como uma livre associação de indivíduos em competição (visão liberal/hobbesiana) ou como um coletivo que é mais que a soma de suas partes, um corpo edificante através do qual é possível concretizar a autêntica cidadania (visão socialista/rousseauiana)” (BOTTOMORE; OUTHWAITE, 1996, p. 116).

³⁴ Convém salientar a correlação envolvendo liberdade real e igualdade substantiva (material) que, consistindo na base do sistema autogestionário, a leitura proudhoniana estabelece: “A associação livre, a liberdade que se limita a manter a igualdade nos meios de produção e a equivalência nas trocas é a única forma possível de sociedade, a única justa, a única verdadeira” (PROUDHON, 1975, p. 247).

³⁵ “A propriedade privada, enquanto estrutura jurídica, enquanto pertencente ao domínio das superestruturas, tem uma forma e um conteúdo: a ‘definição’ do Código Civil constitui uma forma; as características mais materiais e concretas de sua ‘estrutura’ – o modelo metodológico que temos desenvolvido – constituiriam uma forma (...) dotada de um conteúdo” (POULANTZAS, 1965, p. 242).

³⁶ “O trabalho, dividindo-se segundo a lei que lhe é própria e que é a condição primeira de sua fecundidade, atinge a negação de seus fins e destrói-se a si mesmo; em outros termos: A divisão fora da qual não há mais progresso, nem riqueza, nem igualdade, subalterniza o operário, torna a inteligência inútil, a riqueza nociva e a igualdade impossível” (PROUDHON, 2003, p. 181, grifos do autor).

³⁷ “Em que consiste a especificidade do direito capitalista? Ela não reside na declaração da inviolabilidade do princípio da propriedade privada dos meios de produção (inclusive o solo), já que também em certos modos de produção pré-capitalistas (como o escravista ou o feudal) tal princípio é consagrado pelo direito (as variações possíveis na aplicação desse princípio às práticas econômicas e às relações sociais por elas condicionadas constituindo tão somente diferenças secundárias, e não suscetíveis de descaracterizar o princípio em si mesmo). O aspecto essencial do direito capitalista consiste em atribuir a todos os agentes da produção, independentemente do lugar (proprietário dos meios de produção, trabalhador) que ocupam no processo de produção, a condição de sujeitos individuais de direitos, fixando-os todos como indivíduos livres e iguais, capazes de praticar legitimamente atos de vontade” (SAES, 1998, p. 49).

Nessa perspectiva, se as instituições e as leis positivas tendem a perder a sua vitalidade, não mais correspondendo aos valores, às necessidades e aos objetivos dos homens em sua concretude histórico-cultural e econômico-social, perfazendo um “sistema morto”, caracterizado por uma universalidade destituída de conteúdo real, que encerra nas fronteiras da abstração a igualdade e a justiça, se lhes atribuindo uma condição puramente formal,³⁸ a Vontade Geral não emerge senão através da oposição incessante que se impõe às relações envolvendo reprodução e produção, forma e conteúdo, relações e normas, perfazendo um processo ético-jurídico que implica o devir histórico e a “essência” da sua realidade, sobrepondo-se à sua representação e aos seus estereótipos, tendo em vista que carrega a possibilidade de estabelecer a unificação da experiência da universalidade concreta (universalidade de fato)³⁹, tornando o arcabouço sócio-político-jurídico um “sistema vivo”.

Consistindo na superação da ruptura envolvendo a ordem jurídica e a ordem social em uma construção que encerra àquela (ordem jurídica) em condição de exterioridade no que tange a esta última (ordem social) e demanda o controle coercitivo que através do arcabouço normativo se impõe em nome do bem comum da totalidade ético-jurídica e econômico-política corporificada pelo Estado⁴⁰, a Vontade Geral, como um processo ético-jurídico de deliberação coletiva, converge para as fronteiras que encerram uma equivalência substancial entre ambas, à medida que o sistema jurídico emerge como um momento da organização social em uma conjuntura para a qual inevitavelmente tende o movimento econômico-político de objetivação de valores, necessidades e fins que em seu desenvolvimento abrange o instituído, o instituinte e a institucionalização como fases sucessivas que concorrem para resgatar o conteúdo ao qual cabe atribuir o caráter de universalidade de fato à Constituição e às leis.

³⁸ Na medida em que “(...) sob os maus governos essa igualdade é somente aparente e ilusória; serve só para manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação. Na realidade, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm, donde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais” (ROUSSEAU, 1999b, p. 81).

³⁹ Encerrando a “união do caráter de reflexo que tem o pensamento com a conseqüente realização do seu ser um processo”, a concepção dialético-materialista da universalidade supera tanto a gnosiologia do materialismo mecanicista quanto o idealismo dialético de Hegel, que converge para uma “mistificação da universalidade”, conforme expõe Lukács, que afirma: “A universalidade, sobretudo, não é jamais um ponto de chegada autônomo do pensamento. Marx, na introdução teórica à primeira redação de sua obra econômica, fala de dois caminhos que o conhecimento humano deve percorrer: isto é, da realidade concreta dos fenômenos singulares às mais altas abstrações, e destas novamente à realidade concreta, a qual – com a ajuda das abstrações – pode agora ser compreendida de um modo cada vez mais aproximativamente exato. (...) De fato, o processo de tal aproximação é essencialmente ligado à dialética de particular e universal: o processo do conhecimento transforma ininterruptamente leis que até aquele momento valiam como as mais altas universalidades em particulares modos de apresentação de uma universalidade superior, cuja concretização conduz muito frequentemente, ao mesmo tempo, à descoberta de novas formas da particularidade como mais próximas determinações, limitações e especificações da nova universalidade tornada mais concreta” (LUKÁCS, 1978, p. 103).

⁴⁰ “Não seria possível pensar um rumo em direção a uma comunidade humana autêntica e verdadeira, que não necessitasse mais das molas do poder, da ganância e da vaidade, mas que estivesse fundada inteiramente na submissão comum a uma lei interiormente reconhecida como necessária e obrigatória? Logo que essa forma de comunidade surgir e se estabelecer, o mal enquanto mal social – e é só este que, como vimos, conta para Rousseau – será superado e eliminado. Se a forma coercitiva de sociedade existente até agora desmoronar e for substituída por uma forma livre de comunidade política e ética – uma forma na qual todos, em vez de estarem submetidos à arbitrariedade dos outros, reconhecem, aprovam e acatam como sua própria apenas a vontade geral – então a hora da redenção chegou. Mas essa redenção espera em vão por ajuda exterior. Nenhum Deus nos pode enviá-la; o homem deve, sim, se transformar no seu próprio salvador e, no sentido ético, no seu criador” (CASSIRER, 1999, p. 74).

6 REFERÊNCIAS

- BOTTOMORE, T.; OUTHWAITE, W. (org.). *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Tradução Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.
- CASSIRER, Ernst. *A questão Jean-Jacques Rousseau*. Tradução Erlon José Paschoal e Jézio Gutierrez. São Paulo: Unesp, 1999.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução Guy Reynaud. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- CASTORIADIS, Cornelius. *Socialismo ou barbárie: o conteúdo do socialismo*. Tradução Milton Meira do Nascimento e Maria das Graças de Souza Nascimento. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.
- DERATHÉ, R. *Jean-Jacques Rousseau e a ciência política de seu tempo*. Tradução Natalia Maruyama. São Paulo: Editora Barcarolla; Discurso Editorial, 2009.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere: Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política*. Tradução Luiz Sérgio Henriques, Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. Vol. 3.
- GRAMSCI, Antonio. *Escritos políticos*. Tradução Manuel Simões. Lisboa: Seara Nova, 1976. Vol. 1. (Col. Universidade Livre).
- GUILLERM, Alain; BOURDET, Yvon. Tradução Hélio Pólvora. *Autogestão: uma mudança radical*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. Tradução Célia Neves e Alderico Toríbio. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.
- LAPASSADE, Georges. *Grupos, organizações e instituições*. Tradução Henrique Augusto de Araújo Mesquita. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.
- LOURAU, René. *A análise institucional*. Tradução Mariano Ferreira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- LUKÁCS, Georg. *Introdução a uma estética marxista: sobre a categoria da particularidade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. Vol. 33. (Série estética, Col. perspectivas do homem).
- LUKÁCS, Georg. *Prolegômenos para uma ontologia do ser social: questões de princípios para uma ontologia hoje tornada possível*. Tradução Lya Luft e Rodnei Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2010.
- LUXEMBURGO, Rosa. *A Revolução Russa*. Tradução Isabel Maria Loureiro. Petrópolis: Vozes, 1991.
- MARIANO DA ROSA, L. C. A propriedade como fundamento ético-jurídico e econômico-político em Locke. *Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos – UFPA*, Belém, PA, v. 6, n. 2, p. 87-102, 2015a.
- MARIANO DA ROSA, L. C. A vontade geral como condição para o exercício da soberania popular em Jean-Jacques Rousseau. *Revista Sociais e Humanas – UFSM*, Santa Maria, RS, v. 28, n. 2, p. 9-23, maio/ago., 2015b.
- MARIANO DA ROSA, L. C. Do direito de ser homem: da alienação da desigualdade social à autonomia da sociedade igualitária na teoria política de Jean-Jacques Rousseau. *Pracs: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da Unifap*, Macapá, AP, v. 7, n. 2, p. 109-133, jul./dez. 2014.
- MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MÉSZÁROS, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. Tradução Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2011.
- POULANTZAS, Nicos. *Nature des Choses et Droit: essai sur dialectique du fait et de la valeur*. Paris: Bibliothèque de philosophie du droit, 1965. Vol. 5.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução Rita Lima. São Paulo: Graal, 1981.
- POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. Tradução Francisco Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- PROUDHON, Pierre Joseph. *O que é a propriedade?* Tradução Marília Caeiro. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.
- PROUDHON, Pierre Joseph. *Sistema das contradições econômicas ou filosofia da miséria*. Tomo I. Tradução J. C. Morel. São Paulo: Ícone, 2003. (Col. Fundamentos de Filosofia).
- ROSA, L. C. M. A vontade geral e o sistema autogestionário: necessidade, possibilidade e desafios. *Revista ORG & Demo – Unesp*, Marília, SP, v. 18, n. 1, p. 37-60, jan./jun. 2017.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999a. Vol. II.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999b. Vol. I.

SAES, Décio. A questão da autonomia relativa do Estado em Poulantzas. *Revista Crítica Marxista*, Rio de Janeiro: Xamã, n. 7, 1998.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.9510>

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITO À HONRA: Uma Análise da Reclamação Constitucional n. 22.328/RJ (Informativo de Jurisprudência n. 893) do Supremo Tribunal Federal (STF)

Ilton Garcia da Costa

Autor correspondente. Universidade Estadual do Norte do Paraná – Uenp. Avenida Manoel Ribas, n. 711, Centro, Jacarezinho-PR, Brasil. CEP 86400-000. <http://www.gpcertos.com.br>. <http://lattes.cnpq.br/0959097128095664>.
<https://orcid.org/0000-0002-0093-161X>. iltongcosta@gmail.com

Gabriela Lopes Cirelli

Universidade Estadual do Norte do Paraná – Uenp.

RESUMO

O presente estudo tem por escopo abordar os critérios dos quais o Supremo Tribunal Federal se vale para a solução de conflitos (e ponderação) entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, mais especificamente o direito à honra. Para tanto, será realizado um exame minucioso acerca desses critérios para essa aferição, trazidos à tona pelo ministro Luís Roberto Barroso, na Reclamação Constitucional (Rcl) n. 22.328/RJ, ao longo da qual será examinada, igualmente, a postura mais flexível do STF em admitir Reclamação Constitucional quando há afronta à liberdade de imprensa e, ainda, ao permitir, também atipicamente, a transcendência dos motivos determinantes em processos relacionados com o referido direito fundamental.

Palavras-chave: direitos da personalidade; liberdade de expressão; liberdade de imprensa; ponderação de direitos; Supremo Tribunal Federal.

FREEDOM OF SPEECH VERSUS RIGHT TO HONOR: AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT N. 22.328 / RJ (INFORMATIVE OF CASE LAW N. 893) OF SUPREME COURT

ABSTRACT

The purpose of this paper is to concern the criteria used by Federal Court of Justice to solve conflicts (and balance) between press freedom and personality rights, more specifically the right to honor. To this end, a thorough examination will be carried out on the parameters mentioned by Minister Luís Roberto Barroso on the Constitutional Complaint n. 22.328/RJ, which will also be examined the more flexible position of Supreme Court in admitting a Constitutional Complaint when there is an affront to the press freedom and by allowing, also atypically, the transcendence of the determining motives in processes related to that fundamental right.

Keywords: personality rights; expression freedom; press freedom; weighting rights; Federal Court of Justice.

Recebido em: 12/9/2019

Aceito em: 1º/3/2021

1 INTRODUÇÃO

Não raro, o STF depara-se com situações nas quais direitos fundamentais (igualmente relevantes, uma vez que não existe hierarquia entre eles) acabam conflitando entre si, o que exige uma postura interpretativa por parte do julgador.

Baseando-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, faz-se possível a aplicação da técnica da ponderação de direitos, cunhada por Alexy (2008), de maneira que haja um exercício de sopesamento do valor que deve preponderar no caso concreto.

Em regra, permite-se a livre-expressão da vontade, do pensamento e da opinião; contudo, essa liberdade encontra restrição quando vier a ferir os direitos da personalidade de outrem, uma vez que tal direito fundamental, assim como qualquer outro, não é absoluto.

No que se refere à solução de conflitos entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, o ministro Luís Roberto Barroso – relator da Reclamação Constitucional n. 22.328/RJ (Informativo de Jurisprudência n. 893 do STF) – trouxe oito parâmetros (que serão comentados neste artigo) a serem levados em consideração a fim de verificar qual valor deve prevalecer.

Para tanto, serão abordados alguns aspectos acerca da natureza e características dos direitos das personalidades, especificamente do direito à honra, bem como do direito à liberdade de expressão (incluída a de imprensa), a título introdutório, a fim de possibilitar – posteriormente – uma melhor compreensão acerca dos critérios adotados pelo STF.

Ademais, será objeto de análise a louvável postura adotada pela referida Corte Suprema no sentido de se admitir – excepcionalmente – o cabimento da Reclamação Constitucional quando há afronta à liberdade de expressão e, ainda, ao permitir (também atipicamente) a transcendência dos motivos determinantes em processos relacionados ao aludido direito fundamental.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A VERSÃO PRIVADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de imergir no assunto principal do presente artigo, cumpre esclarecer alguns aspectos atinentes aos direitos da personalidade, expressão que – conforme lembra Barroso (STF, 2018b, p. 6) – tem uso relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro e foi desenvolvida pela doutrina contemporânea até ingressar no Código Civil de 2002, que reservou capítulo específico ao tema logo no Título I.

Tais direitos, nas palavras de Bittar (2015a, p. 29), são reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, encontrando previsão no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos. Nesse mesmo viés, Diniz (2011, p. 133-134) assevera que

O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.

Para Limongi Rubens França, trata-se de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos” (FRANÇA, 1996, p. 1.033). Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 67), por sua vez, definem tais direitos como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Nesse íterim, Pereira (2017, p. 200) sustenta que – a par dos direitos economicamente apreciáveis, ditos patrimoniais – outros há, não menos valiosos, mercedores de amparo e proteção da ordem jurídica, denominados direitos da personalidade; “atinentes à própria natureza humana, ocupam eles posição supraestatal, já tendo encontrado nos sistemas jurídicos a objetividade que os ordena, como poder de ação, judicialmente exigíveis”.

Em que pese as distintas denominações enunciadas e defendidas pelos doutrinadores, há que se reconhecer que a preferência tem recaído sobre o título “direitos da personalidade”, esposado – entre outros – por Adriano de Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antonio Chaves, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria (BITTAR, 2015a, p. 30).

Diferentes conceitos têm sido apresentados na doutrina, como o trazido por De Cupis (*apud* BITTAR, 2015a, p. 37), no sentido de que são direitos que têm por objeto os modos de ser físicos e morais da pessoa; no entanto, independentemente da terminologia adotada, trata-se de consenso que se constitui em direito subjetivo, pertencente, por natureza, à pessoa humana.

Nesse diapasão, Barroso (STF, 2018b, p. 6), baseado no entendimento de Castan Tobeñas (*apud* BITTAR, 2015a, p. 47), lembra que a doutrina civilista subdivide esses direitos em dois grandes grupos:

- a) direitos à integridade física, que englobam o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e b) direitos à integridade moral, rubrica sob a qual se abrigam, entre outros, os já mencionados direitos à honra, à imagem, à privacidade e o direito moral do autor.

Por outro lado, Limongi França (1988, p. 1.029) classifica os direitos da personalidade considerando três aspectos: o físico, o intelectual e o moral, implicando, assim, nas seguintes classes de direitos: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral.

Independentemente dessa divisão (em dois ou três grupos), merecem destaque as características próprias desses direitos, estabelecidas no artigo 11 do Código Civil de 2002, a saber: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade; entretanto, nos termos do que preconizam Pietro Perlingieri, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes (*apud* TARTUCE, 2017, p. 158), cumpre ressaltar que esse rol não é taxativo diante da *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*.

Acrescenta Bittar (2015a, p. 43), ainda, os seguintes caracteres ínsitos a esses direitos: são inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*. Nesse sentido, é o que ensina Amaral (2002, p. 247):

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, insepa-

ráveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Consequentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.

Superada a referida análise conceitual, importa salientar que – com o advento da Constituição Federal de 1988 – tais direitos foram amplamente tutelados em virtude de ter sido a dignidade da pessoa humana adotada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme elenca o artigo 5º, X, da Carta Maior:

Art. 5º. [...]

X – são invioláveis a *intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Da leitura do dispositivo constitucional em questão, observa-se que a ordem jurídica resguarda a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; de outro lado, Pereira (2017, p. 214) enfatiza que o artigo 953 do Código Civil prevê que a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Ademais, a doutrina mais recente sustenta que não se trata nem de um direito geral da personalidade tampouco de diversos direitos, mas, sim, da elevação da proteção da dignidade da pessoa humana, em qualquer circunstância, à posição de *diretriz de interpretação de todo o ordenamento jurídico* (TEPEDINO *apud* DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 77).

Não é demasiado frisar, nesse aspecto, o que estabelece o Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil, que tem bastante pertinência com o assunto a ser tratado no presente artigo:

Enunciado n. 274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

No momento em que a Constituição Federal abarca os direitos da personalidade no rol de direitos fundamentais, verifica-se inegável avanço à sua efetiva proteção, uma vez que a elevação a essa categoria concretiza o denominado efeito inibitório (ou, ainda, *chilling effect*), de tal sorte que valem não mais só perante os particulares, mas também ante a esfera pública. Nesse aspecto, Bittar (2015a, p. 31) explica que – a partir desse prisma – tais direitos são enfocados no relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo, razão por que recebem a nomenclatura de “fundamentais”.

Assim, “é possível conceituar os direitos da personalidade, inerentes a toda pessoa humana, como a versão privada dos direitos fundamentais, e sua aplicação às relações com outros indivíduos como regra geral” (STF, 2018b, p. 6).

São, segundo Bittar (2015a, p. 31), “os mesmos direitos, mas examinados em planos distintos: de uma pessoa em relação às outras, e diante do Estado”. No que se refere ao primeiro plano, trata-se da abordagem dada pelo Direito Civil a tais direitos, o que significa afirmar que

são analisados sob o viés do direito privado; por outro lado, quando avaliados nas relações verticais (pessoa – Estado), nota-se a incidência da perspectiva do Direito Constitucional e do publicismo, sabendo-se que – diante do Neoconstitucionalismo – advieram duas importantes tarefas: sua interpretação e a solução de casos em que há colisão entre direitos fundamentais, o que será objeto de estudo mais adiante.

Quanto à tutela de tais direitos, Donizetti e Quintella (2017, p. 70) salientam que o Direito brasileiro possui duas vias para promovê-la: a da proibição, prevista nos artigos 11 e 13 do Código Civil, estabelecendo diversas restrições – já criticadas pelos estudiosos do tema – ao exercício dos direitos da personalidade; e a da reparação, com fulcro no artigo 12 do Código Civil, que prevê a possibilidade de indenização pela lesão a direitos da personalidade.

Na forma do que se verá oportunamente, a via da proibição tem sido adotada tão somente em hipóteses extremamente excepcionais, uma vez que pode se revelar inconstitucional em virtude da não recepção pela CF/88, conforme ADPF 130/DF; importa salientar que o Pretório Excelso resolveu considerar a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) totalmente em desconformidade pela CF/88, uma vez que – conforme as palavras do ministro Ayres Britto – a referida lei deveria sofrer “abate total, a guilhotina total” (STF, 2018a).

Há preferência, portanto, pela via da reparação, justamente para se evitar a tão repudiada prática, violadora do direito fundamental à liberdade de expressão.

Desse modo, nota-se que a segunda via tem por escopo conferir ao titular do direito da personalidade a prerrogativa de exigir que cesse a ameaça ou a lesão ao seu direito, bem como reclamar perdas e danos. É o que ensina Bittar (2015b, p. 236), quando afirma que o homem sofre as mais diversas agressões, seja em contatos diretos seja por meio do vasto aparato de comunicações, que lhe podem afetar quaisquer dos componentes citados de sua personalidade ou de seu patrimônio e, em seguida, conclui:

Ora, diante das circunstâncias fáticas e dos reflexos produzidos em sua esfera jurídica, pode a pessoa, pois, experimentar danos, merecendo, em contrapartida, a proteção do Direito, arma de mecanismos vários de reação, nos planos penal, administrativo e civil, para satisfação dos interesses atingidos injustamente. Observa-se, então, que, ante a lesão provocada *contra ius* à esfera de outrem, tem-se a noção de dano no âmbito jurídico, que pode ser material ou moral, conforme o efeito produzido na vítima, se em seu patrimônio ou em sua personalidade (p. 236).

Consigne-se que – das reações possíveis – na órbita civil tem-se a consistente em exigir do lesante a reparação dos danos sofridos, que se encontra ordenada e disciplinada na teoria da responsabilidade civil, sendo, portanto, o instituto a que se dá prioridade quando se trata do tema ofensa aos direitos da personalidade.

2.1 A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa

De modo geral, o direito à liberdade consubstancia-se na possibilidade de a pessoa direcionar suas energias – nas relações intersubjetivas – em consonância com a própria vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, no comercial ou no espiritual (BITTAR, 2015a, p. 168).

Do mesmo modo, o referido autor (2015a, p. 169-170) aponta para o fato de que o ingresso do direito à liberdade se operou entre os mais expressivos direitos da pessoa perante o Estado, impulsionando a luta pelos direitos humanos a partir das Constituições do século 19 e das Declarações de Direitos; no caso brasileiro, tem sido particularizado em diferentes pontos do elenco próprio, dentre os direitos fundamentais (liberdade de locomoção, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, etc.).

Neste item será tratado – de forma específica – sobre a liberdade de expressão, segundo a qual o indivíduo “pode manifestar-se por meio de juízos de valor (opinião) ou da sublimação das formas em si, sem se preocupar com o eventual conteúdo valorativo destas” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 143).

Tendo em conta as diversas formas de expressão humana, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes “liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total” (MAGALHÃES, 2008, p. 74).

Trata-se, pois, de elemento básico de qualquer sociedade democrática: quando suprimida, deixa de existir democracia e a opressão toma seu lugar. Assim, “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 360), estariam abarcados pela tutela ao direito à liberdade de expressão.

Nessa senda é a lição de Silva (2000, p. 247):

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.

Em brilhante voto exarado no bojo da Rcl n. 22.328/RJ, o ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2018b, p. 5-6) elencou cinco motivos principais pelos quais a liberdade de expressão ocupa um lugar privilegiado tanto no ordenamento jurídico interno quanto nos documentos internacionais, a saber:

(i) a função essencial que desempenha para a democracia, ao assegurar um livre fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito, condições essenciais para a tomada de decisões da coletividade e para o autogoverno democrático; (ii) a dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial; (iii) a busca da verdade, ao contribuir para que ideias só possam ser consideradas ruins ou incorretas após o confronto com outras ideias; (iv) a função instrumental ao gozo de outros direitos fundamentais, como o de participar do debate público, o de reunir-se, de associar-se, e o de exercer direitos políticos, dentre outros; e, conforme destacado anteriormente (v) a preservação da cultura e da história da sociedade, por se tratar de condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Não obstante essa posição privilegiada do direito à liberdade de expressão, também denominada *preferred position*¹, vale ressaltar que nenhum direito constitucional é absoluto e, portanto, a liberdade de expressão também não o é, razão pela qual a própria Constituição impõe alguns limites ou qualificações à liberdade de expressão, citadas por Barroso na mesma oportunidade (2018b, p. 6):

- a) vedação do anonimato (art. 5º, IV); b) direito de resposta (art. 5º, V); c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); d) classificação indicativa (art. 21, XVI); e e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

Nessa perspectiva, nota-se que é indispensável a ponderação entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a fim de evitar a exclusão de uma em detrimento da outra, de modo que sejam prudentemente sopesados no caso concreto.

2.2 O direito à honra

Do latim *honor*, o direito à honra indica a dignidade de uma pessoa, que vive com honestidade e probidade, pautando seu modo de vida nos ditames da moral. Pontifica Pereira (2017, p. 213) que a integridade moral se exprime pelo direito à honra, à dignidade, ao bom conceito no ambiente social, não sendo recente a punição legal em virtude da injúria, da calúnia, da difamação.

Embora seja algo imaterial, Bittar (2015a, p. 201) alude que se trata de um valor inerente à natureza humana e ao mais profundo de seu interior, o “reduo da dignidade”, acompanhando a pessoa desde o seu nascimento por toda a vida e mesmo após a morte.

Cuida-se, pois, do patrimônio moral do ser humano, e – de acordo com Rosenvald e Farias (2008, p. 149) – a “honra é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”. Já para Bulos (2009, p. 463), honra consiste em “[...] um bem imaterial de pessoas físicas e jurídicas protegida pela Carta de 1988”.

A honra, conforme expressam Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 73), “é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento até depois de sua morte”.

É importante registrar que os conceitos de dignidade e de decoro, para Bittar (2015a, p. 201), “integram o direito ao respeito, ou seja, a modalidade especial de direito de personalidade apartada do âmbito geral da honra (que, na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto)”.

Quanto à classificação, impende destacar que a honra é a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros (honra objetiva) e no sentimento da própria pessoa (honra subjetiva). Assim, o reconhecimento do direito à honra prende-se, segundo Bittar (2015a, p. 201), à necessidade de defesa da honra objetiva, que se trata da reputação da pessoa, que compreende o bom nome e a fama que desfruta no seio da coletividade, ou – em outras palavras –, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro. Da

¹ Posição preferencial: significa que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto (STF, 2018b, p. 5).

mesma forma, alcança a honra subjetiva, que consiste no sentimento pessoal de estima ou na consciência da própria dignidade.

É o que também se extrai da lição de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 73), ao declararem que esse direito consiste em um conceito valorativo, o qual pode se manifestar sob duas formas: honra objetiva (correspondente à reputação da pessoa, compreendendo o seu bom nome e a fama de que desfruta no seio da sociedade), e honra subjetiva (correspondente ao sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade).

Nesse passo, urge salientar que:

No direito à honra, a pessoa é tomada em face da sociedade, no círculo social em que se insere, em função do valor ínsito à consideração social. Daí, a violação produz reflexos na sociedade, acarretando para o lesado diminuição social, com conseqüências pessoais (humilhação, constrangimento, vergonha) e patrimoniais (no campo econômico, como abalo de crédito, descrédito da pessoa ou da empresa; abalo de conceito profissional). Com efeito, sendo a honra, objetivamente, atributo valorativo da pessoa na sociedade (pessoa como ente social em circulação), a lesão se reflete, de imediato, na opinião pública, considerando-se perpetrável por qualquer meio possível de comunicação (internet, *facebook*, e-mail, correspondência, escrito, verbal, sonoro) (BITTAR, 2015a, p. 201).

Depreende-se do excerto supracolacionado que as ofensas ao direito à honra podem ocorrer por qualquer modo como se possa configurar: pela palavra oral ou escrita ou divulgada pelo rádio ou televisão (PEREIRA, 2017, p. 213).

Assim, não é demasiado frisar que o referido direito tem *status* constitucional e merece especial tutela, uma vez que se trata do “reduto da dignidade humana” e, pelo fato de inexistir hierarquia entre direitos fundamentais e por nenhum deles ser absoluto, é que a discussão que se pretende travar demanda atenção redobrada, posto que o caso concreto é que definirá qual dos direitos em conflito deverá prevalecer.

3 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 22.328/RJ (INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 893 DO STF)

A fim de melhor elucidar o entendimento que o STF tem adotado ao tratar do tema liberdade de imprensa, reputa-se essencial dissecar o teor da Rcl 22.328/RJ, julgado em 6/3/2018 (Info 893), em que figura como relator o ministro Roberto Barroso, cujo acórdão foi ementado da seguinte maneira:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. AFRONTA AO JULGADO NA ADPF 130. PROCEDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. 2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por

meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. *Reclamação julgada procedente* (STF, 2018b) (grifo nosso).

Dessume-se pela ementa do acórdão exarado em sede da Rcl n. 22.328/RJ, cuida-se de reclamação, com pedido liminar, contra decisão proferida em 26.5.2015 pela 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, que determinou que a parte reclamante retirasse – de seu sítio eletrônico – matéria referente ao reclamado, publicada em 5.6.2013, por entender que restou indubitosa a ofensa à sua honra e à sua dignidade, conforme a seguir transcrito:

Restando indubitosa a ofensa à honra e dignidade do autor, pela publicação de matéria no site da Revista Veja Rio intitulada “Um bicão na alta-roda”, que extrapolou os limites do direito de informação, com fulcro nas normas dos artigos 5º, X, da C.F. e 20 do Código Civil, defiro a antecipação para determinar à 2ª ré que retire de seu sítio eletrônico tal matéria, disponível no endereço indicado na inicial, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00. Intime-se e cite-se.

Interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o que ensejou o ajuizamento da Rcl n. 22.328/RJ, ocasião na qual a Revista Veja Rio alega, em síntese, que teria sido violada a autoridade do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130 (rel. min. Ayres Britto), que declarou a não recepção da “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250/1967) pela Constituição de 1988. Sustentou, ainda, que a decisão reclamada “consiste na ratificação de odiosa censura e na tentativa de restringir o direito de liberdade de imprensa, bem como a garantia da sociedade de ter acesso a informações e a manifestar o seu pensamento”.

Contrariando o entendimento das duas instâncias inferiores, o ministro relator Roberto Barroso concedeu a liminar pleiteada a fim de permitir a manutenção da notícia no sítio eletrônico da reclamante, tendo feito alusão à relevância do julgamento da ADPF 130/DF, em que a referida Corte Suprema proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. Nesses termos, restou consolidado – naquela oportunidade – que a retirada de matéria de circulação configura censura em qualquer hipótese, o que se admite apenas em situações extremas.

Por meio desse importante julgado, evidencia-se que o STF tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. Destarte, conforme se observará na sequência, a colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade deve ser resolvida – em regra – pela retificação, pelo direito de resposta ou pela reparação civil, de modo que – se uma decisão judicial determina que se retire do site de uma revista determinada matéria jornalística – esta decisão viola a orientação do STF, cabendo reclamação (STF, 2018b).

Nessa toada, resta nítido que a Reclamação em comento foi julgada procedente, tendo havido preponderância da liberdade de imprensa ante o direito à honra no caso em concreto. Para tal aferição, há alguns critérios a serem considerados, extraídos do referido julgado segundo a lição do ministro Barroso.

3.1 O cabimento excepcional de Reclamação Constitucional quando há afronta à liberdade de imprensa: a possibilidade de transcendência dos motivos determinantes

De início, urge consignar que – em regra – o STF tem sido bastante restritivo no que se refere às reclamações propostas contra decisões que teriam desrespeitado acórdãos da Corte, postura denominada de “jurisprudência defensiva”, que representa justamente essa limitação no cabimento de recursos e de ações autônomas, visando à redução de quantidade de processos que chegam aos Tribunais.

Cuida-se, por exemplo, do entendimento pretoriano de que não se deve adotar a transcendência dos motivos determinantes. Assim, nas palavras de Barroso (2018b, p. 7),

Como regra geral, limitou-se a eficácia vinculante das decisões à parte dispositiva da decisão, tal qual nos processos subjetivos. É dizer, a vinculação do precedente atingia apenas a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma infraconstitucional.

Verifica-se, assim, que não há que se falar – em princípio – da transcendência dos motivos determinantes, uma vez que somente a parte dispositiva da decisão é que vincularia as decisões judiciais, o que significa, em outras palavras, que a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão do STF não teriam efeito vinculante. Nesse sentido, [...] a exegese jurisprudencial conferida ao art. 102, I, “I”, da Magna Carta rechaça o cabimento de reclamação fundada na tese da transcendência dos motivos determinantes. [...] (STF, 2018b)

Ocorre que essa linha restritiva tem sido excepcionada quando estejam em questão temas afetos à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa: nesses casos, o STF tem admitido reclamações e deferido liminares com o propósito de assegurar o conteúdo conferido pela Corte a tais direitos, mesmo quando a decisão reclamada não se baseia no mesmo ato declarado inconstitucional em sede concentrada².

No entendimento do ministro Barroso, relator da Reclamação em exame, as aludidas decisões são indicativas da relevância da liberdade de expressão e liberdade de imprensa ao sistema constitucional, na medida em que constituem pré-condições para o exercício de outros direitos e liberdades, bem como para o adequado funcionamento do processo democrático. Nesse viés, o ministro arremata:

A liberdade de expressão ainda não se tornou uma ideia suficientemente enraizada na cultura do Poder Judiciário de uma maneira geral. Não sem sobressalto, assiste-se à rotineira providência de juízes e tribunais no sentido de proibirem ou suspenderem a divulgação de notícias e opiniões, num “ativismo antiliberal”³ que precisa ser contido (STF, 2018b, p. 2).

² Nesse sentido: Rcls 18.638-MC e Rcl 18.687-DF, min. Roberto Barroso; Rcls 18.735 e Rcl 18.746-MC, rel. min. Gilmar Mendes; Rcl 18.566-MC, rel. min. Celso de Mello; Rcl 18.290, rel. min. Luiz Fux; Rcl 16.434-MC, rel. min. Rosa Weber, decisão proferida pelo min. Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência; Rcl 18.186-MC, rel. min. Cármen Lúcia, decisão proferida pelo min. Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência; Rcl 11.292-MC, rel. min. Joaquim Barbosa.

³ Expressão utilizada por Daniel Sarmento em “Constituição e sociedade: reclamação e liberdade de expressão”, *Jota*, 3 dez. 2014.

No que diz respeito à censura, insta consignar que essa consiste na possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação do pensamento, tendo sido proibida pela CF/88 em diversos dispositivos (artigo 5º, IV, IX e XIV bem como artigo 220, §§ 1º e 2º); assim, diante da existência de diversos dispositivos assegurando a liberdade de expressão, é possível afirmar que a Carta de 1988 conferiu uma espécie de “prioridade”⁴ para essa garantia, não obstante inexista hierarquia entre direitos fundamentais, o que demanda, por conseguinte, a realização de análise muito rigorosa, criteriosa e excepcional de toda e qualquer medida que tenha por objetivo restringir a liberdade de expressão (STF, 2018b, p. 5).

Com respaldo nos fundamentos supragizados, é que a Reclamação em questão foi conhecida e, posteriormente, provida pela Corte Constitucional, que utilizou da técnica de ponderação de direitos, baseada nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para solução desse conflito.

3.2 Liberdade de imprensa x direitos da personalidade: critérios e ponderação de direitos cunhada na teoria de Robert Alexy

Conforme já mencionado alhures, os direitos fundamentais não são absolutos, de maneira que – quando houver conflito entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade – é imperioso adotar a técnica de decisão denominada ponderação de direitos, com fundamento na teoria de Alexy.

Nesse contexto, Barroso (2018b, p. 7) alerta que tanto a liberdade de expressão quanto os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional, o que revela que entre eles não há hierarquia, de modo que não é possível estabelecer – em abstrato – qual deve prevalecer. Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação, que se desenvolve em três etapas:

- 1) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; 2) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; 3) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional (STF, 2018b, p. 7)

Sendo assim, quando presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, cabe trazer à baila o entendimento cunhado por Alexy, segundo o qual o aplicador do Direito deve fazer o uso da técnica de ponderação, de maneira que – em tal sopesamento, na presença da lei de colisão – um deles irá preponderar no caso concreto, o que nada mais é que a solução de acordo com a máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 94-99).

A ponderação, portanto, deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa; porém, no limite, fazem-se escolhas, mas sempre com base no princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. Para Barroso (2009, p. 334), utilizando-se de uma metáfora, essa técnica seria uma pintura moderna “com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética”.

⁴ Preferred position.

Para facilitar a aplicação dessa técnica, Barroso (STF, 2018b, p. 7) defende a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, dos quais se passa a tratar adiante de forma sintética.

O primeiro critério é a *veracidade do fato*: é imprescindível que a notícia divulgada seja verdadeira, uma vez que a informação que goza de proteção constitucional é a que possui essa característica. Desse modo, a divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento de outrem, não constitui direito fundamental do emissor.

Nessa toada, no escólio de Barroso:

Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade (STF, 2018b, p. 8)

É preciso mencionar que não se exige que apenas verdades incontestáveis sejam divulgadas pela mídia, posto que – em muitos casos – isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, mormente a jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, segundo o relator, “o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos” (STF, 2018b, p. 8).

O segundo critério consiste na *licitude do meio empregado para obtenção da informação*: exige-se que o conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tenha sido obtido por meios admitidos pelo direito, segundo o mesmo raciocínio em que é vedada a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Assim, STF (2018, p. 9) dá o seguinte exemplo: caso o jornalista realize uma interceptação telefônica clandestina, invada domicílio, viole o segredo de justiça em um processo de família ou obtém uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação, em princípio, não será legítima.

Alerta, ainda, que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos, torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos (*Idem*).

O terceiro parâmetro, por sua vez, busca verificar se a notícia envolve *personalidade pública ou privada da pessoa*, pois – a depender disso – o grau de exposição é maior ou menor, respectivamente. Outro ponto que merece ser trazido à baila é se os locais dos fatos narrados são reservados ou protegidos pelo direito à intimidade.

Além disso, é imperioso analisar o quarto critério que faz alusão ao *local dos fatos*, de tal sorte que é imperioso analisar, também, se os locais dos fatos narrados são reservados ou protegidos pelo direito à intimidade.

Na sequência, o quinto critério tem o escopo de avaliar a *natureza dos fatos*, ou seja, se os fatos divulgados possuem caráter sigiloso ou se estão relacionados com a intimidade da pessoa.

O sexto, por sua vez, refere-se à existência de interesse público na divulgação em tese, posto que – nos termos do que ensina Barroso (STF, 2018b, p. 11) – presume-se (como regra geral) o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro.

O próximo (e sétimo) requisito a ser observado é que deve ser aferida a existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; isso porque há presunção de que – no que se refere à atuação de órgãos públicos – há interesse público na divulgação de fatos afetos a eles.

Por derradeiro, o oitavo parâmetro diz respeito à preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação, uma vez que o uso abusivo da liberdade de expressão pode ser reparado por diversos mecanismos: a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a proibição da divulgação, uma vez que – conforme já ressaltado anteriormente – somente em hipóteses extremas deverá ser utilizada a última possibilidade (STF, 2018b, p. 11),

Nas questões envolvendo honra e imagem, como regra geral, será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme análise da Rcl n. 22.328/RJ, evidencia-se que a liberdade de expressão ocupa lugar privilegiado no ordenamento jurídico pátrio, conquanto não se trate – assim como qualquer direito fundamental – de direito absoluto, admitindo, então, temperamentos, a depender do caso.

Os direitos da personalidade – da mesma forma que o direito à liberdade de expressão – possuem mecanismos de efetivação de sua tutela constitucional, pela via da prevenção e da reparação; no entanto, o STF tem demonstrado, em suas decisões, que há preferência pela via da reparação *a posteriori*, a fim de se coibir a prática da censura, já afastada do ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, consoante se nota pelo teor da ADPF 130/DF, em que a referida Corte Suprema proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas.

É importante considerar os oito parâmetros utilizados pelo ministro Barroso na Rcl 22.328/RJ, que serão tomados por base a fim de se avaliar qual desses direitos deve prevalecer.

Evidencia-se, ainda, o quão salutar se mostra a postura menos restritiva do STF no que se refere à possibilidade de transcendência dos motivos determinantes dos feitos cujo objeto seja a proteção da liberdade de expressão, posto que esse direito fundamental ainda não se tornou uma ideia suficientemente enraizada na cultura do Poder Judiciário de uma maneira geral.

Embora os direitos da personalidade sejam inegavelmente eivados de uma relevância intrínseca à natureza humana – essa maior flexibilidade do STF em admitir Reclamações Constitucionais, inclusive com possibilidade de transcendência dos motivos determinantes, em se tratando de processos que tratem sobre a violação do direito fundamental à liberdade de expressão, encontra supedâneo na garantia constitucional da vedação à censura, prática tão comum em regimes ditatoriais e totalmente avessa ao ideal democrático.

Infere-se que não se pode olvidar que a técnica de ponderação de direitos, cunhada por Alexy, possui papel fundamental na solução dos conflitos entre princípios fundamentais (como no caso *sub examine*); por meio da realização de concessões recíprocas, esse método tem por escopo preservar o máximo possível dos direitos em disputa, baseando-se no princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade, razão por que a relevância em sua adoção mereceu especial destaque no presente artigo.

5 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015a.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015b.
- BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1º jun. 2018.
- BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 31 maio 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, Ilton Garcia; GONÇALVES, Aline M. Da sociedade antiga à sociedade política e a funcionalidade do direito. *Nomos*, Fortaleza, v. 36, p. 205-224, 2016.
- COSTA, Ilton Garcia; LEITE, Andre L. Aguiar Paulino. Organizações sociais e a efetivação do direito fundamental à comunicação no Brasil. In: SANTIAGO, Mariana Ribeiro; DE MARCO, Cristhian Magnus; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Direitos Fundamentais e Democracia IV*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 426-447.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1*. Teoria Geral do Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe *Curso didático de Direito Civil*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- ENUNCIADOS da IV Jornada de Direito Civil. 2006. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. Volume único.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rev. e atual. Por Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. V. I.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130/DF*. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 11 jun. 2018a.

STF. Supremo Tribunal Federal. *Rcl n. 22.328/RJ*. Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 6/3/2018 (Info 893). Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 maio 2018b.

STF. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 22.470 AgR*, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 24/11/2017. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 maio 2018c.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.6558>

A CIDADE NEOLIBERAL E A DOMINAÇÃO RACIAL NO SÉCULO 21: Uma Perspectiva Interseccional sobre o Recuo dos Direitos Sociais

Sávio Silva de Almeida

Autor correspondente. Universidade Federal de Pernambuco – Ufpe. <http://lattes.cnpq.br/4914599636674980>.
<https://orcid.org/0000-0002-2268-9975>. savio_eco@hotmail.com

Cristina Pereira de Araujo

Universidade Federal de Pernambuco – Ufpe. <http://lattes.cnpq.br/8068366194146208>.
<https://orcid.org/0000-0001-9986-5394>.

RESUMO

O presente trabalho possui como hipótese a noção de que o avanço do neoliberalismo aprofunda os processos de dominação racial nas cidades brasileiras, historicamente construídas mediante processos de colonização, que negam o reconhecimento dos direitos humanos mais básicos da população Negra e, consequentemente, a sua humanidade. O objetivo do presente trabalho é demonstrar como o avanço do neoliberalismo aprofunda o processo de racialização da pobreza urbana brasileira. Para alcançar o objetivo proposto foi realizada revisão bibliográfica. Por fim, a pesquisa conclui que a cidade neoliberal aprofunda os processos de dominação racial no século 21.

Palavras-chave: neoliberalismo; direitos sociais; cidade; racismo.

THE NEOLIBERAL CITY AND RACIAL DOMINATION IN THE 21ST CENTURY: AN INTERSECTIONAL PERSPECTIVE ON THE RETREAT OF SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT

The present work has as hypothesis the notion that the advance of neoliberalism deepens the processes of racial domination in the Brazilian cities, historically constructed through processes of colonization, that deny the recognition of the most basic human rights of the Black population and, Consequently, their humanity. The objective of the present work is to demonstrate how the advancement of neoliberalism deepens the process of racialization of Brazilian urban poverty. To reach the proposed objective, a bibliographic review was carried out. Finally, he concludes that the neoliberal city deepens the processes of racial domination in the 21st century.

Keywords: neoliberalism; social rights; city; racism.

Recebido em: 20/12/2016
Revisões requeridas em: 21/11/2017
Aceito em: 9/9/2018

1 INTRODUÇÃO

A humanidade adentrou o século 21 sob a promessa de um mundo mais justo e solidário que, supostamente, haveria se libertado de todas as divisões e contradições do mundo bipolar, da guerra fria. O que se observa, porém, é o aprofundamento das contradições gestadas no interior do modo de produção capitalista, intensificado pelo recuo da democracia social nos países centrais do sistema e nos países da periferia do capitalismo.

Nesse contexto, o avanço do neoliberalismo, e a sua lógica financeira, tem promovido o recuo dos direitos sociais bem como o aprofundamento da penalização da miséria. Tal processo possui impactos diretos na forma como as cidades passam a ser disputadas, uma vez que as suas terras têm sido transformadas em ativos financeiros/mercadorias.

O presente trabalho, portanto, possui como hipótese a noção de que o avanço do neoliberalismo aprofunda os processos de dominação racial nas cidades brasileiras, historicamente construídas mediante processos de colonização que negam o reconhecimento dos direitos humanos mais básicos da população negra e, conseqüentemente, a sua humanidade.

O objetivo deste estudo é demonstrar como o avanço do neoliberalismo aprofunda o processo de racialização da pobreza urbana brasileira. Para alcançar o objetivo proposto foi realizada revisão bibliográfica, que terá como fundamento metodológico o paradigma da interseccionalidade.

Utilizando os paradigmas da interseccionalidade, o pensamento feminista negro contribui para redefinir as relações de dominação e resistência. A partir dessa redefinição, o termo matriz de dominação permite compreender como a forma assumida pelas opressões interseccionadas (gênero, raça, classe, etc.) pode ser entendida como uma organização do poder historicamente específica, na qual os grupos sociais estão inseridos e buscam exercer influência (COLLINS, 2009).

As relações raciais e de gênero, ao lado da questão das classes, atuam simultaneamente no processo de organização da sociedade brasileira. A utilização da categoria de interseccionalidade, portanto, é fundamental para a compreensão da realidade social. Interseccionalidade é a “[...] análise que reivindica que os sistemas de raça, classe social, gênero, sexualidade, etnia, nação e geração constroem mutuamente as características da organização social, moldando as experiências das mulheres Negras e, por sua vez, são moldadas pelas mulheres Negras” (COLLINS; BILGE, 2016, p. 320, *tradução nossa*). De acordo com Patricia Hill Collins e Sirma Bilge (2016, p. 15, *tradução nossa*),

Usar a interseccionalidade como uma ferramenta analítica pode promover uma melhor compreensão da desigualdade global crescente. [...] A desigualdade social não atinge igualmente a todos. Mais do que ver as pessoas como uma massa homogênea, indiferenciada, a interseccionalidade fornece uma estrutura para explicar como as divisões sociais de raça, gênero, geração, e status de cidadania, entre outras, posicionam diferentemente as pessoas no mundo, especialmente em relação à desigualdade global.

Na seção 1 é promovida uma revisão bibliográfica acerca das relações raciais, com foco no caso brasileiro, e das marcas que as mesmas grafam no espaço urbano.

Na seção 2 os efeitos do neoliberalismo na cidade e do conseqüente recuo nas políticas sociais são discutidos.

Na seção 3 é feita uma discussão acerca de como o neoliberalismo reproduz e renova as práticas racistas no âmbito do capitalismo global e os seus impactos sobre a população negra.

Na seção 4 é discutido o papel das concepções coloniais acerca da cidade no processo de aprofundamento da racialização da pobreza sob a hegemonia neoliberal.

Na seção 5 é realizada uma breve discussão acerca do papel da branquitude na manutenção do racismo colonial/moderno nas cidades brasileiras.

Por fim, o estudo conclui que a cidade neoliberal aprofunda os processos de dominação racial no século 21.

2 PARA ALÉM DA DEMOCRACIA RACIAL: IDENTIDADE, RELAÇÕES RACIAIS E ESPAÇO URBANO NO BRASIL

O que é identidade? Para Stuart Hall (2015, p. 12), a identidade

É definida historicamente, e não biologicamente. O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um “eu” coerente. Dentro de nós há identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas. [...] A identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia. Ao invés disso, à medida que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com as quais poderíamos nos identificar a cada uma delas – ao menos temporariamente.

No século 20 houve um forte empenho para que a “identidade” denotasse um vínculo entre a cultura e a sociedade. Filósofos, antropólogos, poetas, historiadores, artistas e políticos cultivam versões da identidade ainda quando, de forma consciente, não as buscam nem acreditam na sua utilidade. A identidade, porém, começa com o autorreconhecimento tácito (MORSE, 2011). Conforme afirma Stuart Hall (2015, p. 47):

[...] as sociedades da periferia têm estado *sempre* abertas às influências culturais ocidentais e, agora, mais do que nunca. A ideia de que esses são lugares “fechados” – etnicamente puros, culturalmente tradicionais e intocados até ontem pelas rupturas da modernidade – é uma fantasia ocidental sobre a “alteridade”: uma “fantasia colonial” *sobre* a periferia, mantida *pelo* Ocidente, que tende a gostar de seus nativos apenas como “puros” e de seus lugares exóticos apenas como “intocados”. Entretanto, as evidências sugerem que a globalização está tendo efeitos em toda parte, incluindo o Ocidente, e a “periferia” também está vivendo seu efeito pluralizador, embora num ritmo mais lento e desigual.

O entendimento da importância da política da identidade está diretamente vinculado à aquisição de instrumentos teóricos e práticos aptos a desconstruir os processos de estereotipagem e representação que violentam simbolicamente as identidades negras e indígenas brasileiras.

Stuart Hall (2016) leciona que a ordem social e simbólica é mantida, em parte, pela estereotipagem, que “[...] estabelece uma fronteira simbólica entre o ‘normal’ e o ‘pervertido’, o ‘normal’ e o ‘patológico’, o ‘aceitável’ e o ‘inaceitável’, o ‘pertencente’ e o que não pertence ou é o ‘Outro’, entre ‘pessoas de dentro’ [...] e ‘forasteiros’ [...], entre nós e eles” (HALL, 2016, p. 192). Assim, para este autor,

Na estereotipagem, então, estabelecemos uma conexão entre representação, diferença e *poder*. No entanto, é preciso sondar mais profundamente a natureza deste. Muitas vezes, pensamos no poder em termos de restrição ou coerção física direta, contudo, também falamos, por exemplo, do poder *na representação*; poder de marcar, atribuir e classificar; do poder *simbólico*; do poder da expulsão *ritualizada*. O poder, ao que parece, tem que ser entendido aqui não apenas em termos de exploração econômica e coerção física, mas também em termos simbólicos ou culturais mais amplos, incluindo o poder de representar alguém ou alguma coisa de certa maneira – dentro de um determinado “regime de representação”. Ele inclui o exercício do *poder simbólico* através das práticas representacionais e a estereotipagem é um elemento-chave deste exercício de violência simbólica (p. 193).

O racismo é uma ideologia que acompanha as transformações históricas e o desenvolvimento da sociedade brasileira. No processo de construção da ideia de descobrimento, o racismo se expôs de forma explícita por meio da instituição da escravidão, seguindo pela hierarquização e pelas teorias raciais ao longo dos séculos 19 e 20, refazendo-se e se reapresentando de outras formas neste percurso histórico, permanecendo sempre latente nas relações sociais e na estrutura e instituições do Estado (BORGES, 2018).

Os projetos nacionais brasileiros, desde a instituição da primeira república, caminharam para a institucionalização do racismo, tornando-o parte do imaginário nacional. O Brasil é um exemplo da forma como o racismo converte-se em modo de internalizar as contradições e em tecnologia de poder (ALMEIDA, 2018). Schwarcz (1993) aponta a importância das instituições estatais – os museus etnográficos; os institutos históricos e geográficos; as faculdades de direito de São Paulo e do Recife e de medicina do Rio de Janeiro e da Bahia – para a disseminação do racismo científico na República Velha.

Gilberto Freyre, e seu livro *Casa-grande & senzala formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal* (2006), que representa bem o seu pensamento acerca das relações raciais no Brasil, ainda hoje é visto por alguns como um dos maiores expoentes das relações raciais brasileiras, o que é evidentemente um equívoco. De acordo com Edward Telles (2003), Gilberto Freyre popularizou, expressou e desenvolveu a ideia de democracia racial que dominou o pensamento acerca das relações raciais dos anos 1930 até 1990. O mesmo argumentava que a sociedade brasileira era única dentre as sociedades ocidentais por sua fusão serena entre culturas e povos indígenas, africanos e europeus. Assim, segundo Freyre, o Brasil estaria livre do racismo que afligia o resto do mundo.

A “miscigenação”/“mestiçagem”, defendida por Gilberto Freyre, atua e atuou no sentido do apagamento da identidade negra e/ou de sua diluição numa suposta identidade “mestiça” do brasileiro, que não seria nem “branco”/“europeu” nem “negro”/“africano” e/ou “indígena”/“americano”. A “mestiçagem” atua no sentido de negar a história de diversos povos em nome de uma nova “identidade nacional”. Assim, Freyre (2006, p. 367) sintetiza seu pensamento sobre as relações raciais no Brasil: “Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo [...] a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro”. Como falar em políticas de igualdade racial num país caracterizado por relações raciais de “confraternização” e em que todos são “mestiços”?

É importante notar-se que a noção de que a sociedade brasileira estaria livre do racismo é perigosa no sentido de que nega a possibilidade e a legitimidade de políticas públicas de

igualdade racial, o que vai em sentido contrário ao reconhecimento constitucional do racismo no Brasil, apresentado na Constituição Federal de 1988; políticas essas que podem ser repressivo-punitivas, como a criminalização do racismo, bem como positivo-promocionais, como as ações afirmativas de ingresso no serviço público, assim como as de ingresso nos cursos superiores promovidos pelas universidades públicas.

Gilberto Freyre cumpriu a função de negar o racismo à brasileira, produzindo, em sua obra, uma ideia de “miscigenação” que apontava certa harmonia nas relações raciais brasileiras (TELLES, 2003). Essa ideia de miscigenação nega a violência sexual, caracterizada pelo estupro. Em diversos trechos de sua obra, Freyre (2006) construiu uma representação que caracterizava certa “doçura” no tratamento dos escravos, uma “falta de consciência” de “superioridade” racial no português, a “miscigenação” como uma “confraternização” entre as raças, em um ambiente de “quase intoxicação sexual”, em que “As mulheres eram as primeiras a se entregarem aos brancos, as mais ardentes indo esfregar-se nas pernas desses que supunham deuses. Davam-se ao europeu por um pente ou um caco de espelho” (FREYRE, 2006, p. 161).

Gilberto Freyre (2006) desenvolveu, dentro desse quadro de pensamento, a noção de que a “miscigenação” era o produto de relações raciais “harmoniosas”. Para Telles (2003, p. 50), “Freyre caracterizou a vasta família patriarcal dos latifúndios escravagista dos séculos XVI e XVII como um caldeirão de mistura inter-racial que harmonizou diferenças e diluiu conflitos, possibilitando uma assimilação extraordinária e criando, assim, um novo ‘povo brasileiro’”. Nas palavras do próprio Gilberto Freyre (2006, p. 33):

A escassez de mulheres brancas criou zonas de confraternização entre vencedores e vencidos, entre senhores e escravos. Sem deixarem de ser relações [...] de senhores desabusados e sádicos com escravas passivas, adoçaram-se, entretanto, com a necessidade experimentada por muitos colonos de constituírem família dentro dessas circunstâncias e sobre essa base. A miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que de outro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala. O que a monocultura latifundiária e escravocrata realizou no sentido de aristocratização, extremando a sociedade brasileira em senhores e escravos, com uma rala e insignificante lambujem de gente livre sanduichada entre os extremos antagônicos, foi em grande parte contrariado pelos efeitos sociais da miscigenação. A índia e a negra-mina a princípio, depois a mulata, a cabrocha, a quadradona, a oitavona, tornando-se concubinas e até esposas legítimas dos senhores brancos, agiram poderosamente no sentido de democratização social no Brasil. Entre os filhos mestiços, legítimos e mesmo ilegítimos, havidos delas pelos senhores brancos, subdividiu-se parte considerável das grandes propriedades, quebrando-se assim a força das sesmarias feudais e dos latifúndios do tamanho de reinos.

Gilberto Freyre deu centralidade à ideia de miscigenação para analisar as relações raciais no Brasil, categoria equivocada do ponto de vista da população negra, vítima da diáspora forçada, e da população indígena, vítima do roubo das suas terras, ambas vítimas de uma violação histórica da sua dignidade, que se reflete atualmente no desigual acesso aos direitos humanos fundamentais, como moradia, saneamento básico, educação, saúde, trabalho, lazer, cultura, etc. Angela Yvonne Davis (2016) propõe uma outra perspectiva para analisar as relações sociais, não a da “miscigenação”, mas a da violência sexual, caracterizada pelo “estupro”. Para ela,

Apesar dos testemunhos de escravas e escravos sobre a alta incidência de estupro e coerção sexual, o tema tem sido mais do que minimizado na literatura tradicional sobre a escravidão. Às vezes, parte-se até mesmo do princípio de que as escravas aceitavam e encorajavam a atenção sexual dos homens brancos. O que acontecia, portanto, não era exploração sexual, mas “miscigenação” (p. 37).

Acontece que, ao contrário do que propõe Gilberto Freyre, o Brasil apresenta uma das sociedades mais desiguais do mundo, concentradora de terras, rurais e urbanas, e de riquezas. Conforme Florestan Fernandes (2007, p. 85-86), o resultado das relações raciais brasileiras é que

[...] a vítima da escravidão foi também vitimada pela crise do sistema escravista de produção. A revolução da ordem social competitiva iniciou-se e concluiu-se como uma *revolução branca*. Em razão disso, a supremacia branca nunca foi ameaçada pelo abolicionismo. Ao contrário, foi apenas reorganizada em outros termos, em que a competição teve uma consequência terrível – a exclusão, parcial ou total, do ex-agente da mão de obra escrava e dos libertos do fluxo vital do crescimento econômico e do desenvolvimento social.

A obra de Florestan Fernandes foi importante no processo de desconstrução da falaciosa “democracia racial”. Um olhar mais atento para as relações raciais, porém, leva à percepção das intersecções entre gênero, raça e classe na sociedade brasileira, com resultados dramáticos na vida das mulheres negras.

A conjugação do sexismo com o racismo produz sobre as mulheres negras uma asfixia social com desdobramentos negativos sobre todas as dimensões de sua vida, que se manifestam em sequelas emocionais, com rebaixamento da autoestima e danos à saúde mental; em um menor índice de casamentos; em uma menor expectativa de vida, cinco anos menor que em relação às mulheres brancas; e no confinamento nas ocupações de menor remuneração e prestígio (CARNEIRO, 2011). No Brasil, as mulheres de pele escura representam o grupo mais pobre entre os pobres. Estão muito isoladas e muito sujeitas à violência. Enfrentam os maiores riscos à saúde, sendo profundamente afetadas pelas políticas sobre o direito reprodutivo dos pobres. Muitas vezes, mulheres negras são solteiras, sem um marido que contribuiria com a maior parcela da renda da família, tendo em vista o padrão desigual de distribuição de renda entre homens e Mulheres (TELLES, 2003). Tal processo grafa o espaço urbano.

Lélia Gonzales (1984) aponta para a existência de uma “divisão racial do espaço”. Já para Renato Emerson dos Santos (2012, p. 38), “Sendo a ‘raça’, constructo social, princípio de classificação que ordena e regula comportamentos e relações sociais, ela tem vinculação direta com a geografia, visto que esta busca compreender dimensões espaciais das relações sociais”. A cisão entre grupos sociais, estabelecida pelo racismo, estrutura assim a territorialização do acesso e da negação dos direitos humanos mais fundamentais para a promoção da dignidade humana. Conforme bell hooks (2015), numa sociedade racista e patriarcal não é surpreendente que mulheres e homens julguem o seu valor, o seu poder pessoal, por intermédio da sua habilidade para oprimir os outros. De acordo com Lélia Gonzales (1984, p. 231),

[...] é justamente aquela negra anônima, habitante da periferia, nas baixadas da vida, quem sofre mais tragicamente os efeitos da terrível culpabilidade branca. Exatamente porque é ela que sobrevive na base da prestação de serviços, segurando a barra familiar praticamente sozinha. Isto porque seu homem, seus irmãos ou seus filhos são objeto de

perseguição policial sistemática (esquadrões da morte, mãos brancas estão aí matando negros à vontade; observe-se que são negros jovens, com menos de trinta anos. Por outro lado, que se veja quem é a maioria da população carcerária deste país).

Para Vera Lúcia Benedito (2013), há uma presença significativa de mulheres negras morando em habitações coletivas e favelas em condições de moradia precárias, o que torna surpreendente a ausência de estudos sobre a posição socioeconômica de mulheres a partir da linha de cor. Grande parte da literatura termina por equacionar situações de pobreza à dinâmica de classe.

O racismo, enfim, legitima e institui as violações de direitos por meio da cisão entre grupos sociais, tendo uma base territorial bastante evidente. As favelas e os territórios populares são os lócus privilegiados da violência racista colonial.

3 A CIDADE NEOLIBERAL: Onde Estão os Direitos Sociais?

A passagem do regime fordista para o de acumulação flexível/pós-fordista representou uma maior fragilidade do trabalho diante do capital. Ao mesmo tempo em que a hegemonia do modelo fordista cedia lugar ao seu sucessor, o capital financeiro passava a se tornar hegemônico pela segunda vez. De acordo com Duménil e Lévy (2014), a era neoliberal representa a segunda fase de hegemonia do capital financeiro a partir dos anos 1980, que foi reprimido durante o período de hegemonia da democracia social nos países centrais do capitalismo, tendo sido a sua primeira fase de hegemonia registrada no período entre o início do século 20 e o *New Deal*.

Lenin, em *Imperialismo, estágio superior do capitalismo: ensaio popular*, fez um estudo de particular interesse para o presente trabalho acerca da primeira fase de hegemonia do capital financeiro. Aqui, serão reproduzidos alguns pontos de interesse central para a compreensão acerca da relação entre o capital financeiro e as cidades. De acordo com Lenin (2012, p. 82),

O capital financeiro, concentrado em poucas mãos e gozando do monopólio efetivo, obtém um lucro enorme e que aumenta sem cessar com a constituição de sociedades, emissão de valores, empréstimos do Estado etc., consolidando a dominação da oligarquia financeira e impondo a toda a sociedade um tributo em proveito dos monopolistas.

Conforme Lenin (2012, p. 84), “Os lucros excepcionais, proporcionados pela emissão de valores como uma das operações principais do capital financeiro, contribuem muito para o desenvolvimento e para a consolidação da oligarquia financeira”. Todo esse processo acaba por influenciar a dinâmica das cidades, pois, ainda segundo Lenin (2012, p. 85),

Uma das operações particularmente lucrativas do capital financeiro é também a especulação com terrenos situados nos subúrbios das grandes cidades que crescem rapidamente. O monopólio dos bancos funde-se neste caso com o monopólio da renda da terra e com o monopólio das vias de comunicação, pois o aumento dos preços de terrenos, a possibilidade de vendê-los vantajosamente em parcelas etc. dependem principalmente das boas vias de comunicação com a parte central da cidade, que se encontram nas mãos de grandes companhias, ligadas a esses mesmos bancos mediante o sistema de participação e distribuição de cargos diretivos. [...] Os “costumes norte-americanos”, de que tão

hipocritamente se lamentam os professores europeus e os burgueses bem-intencionados, converteram-se, na época do capital financeiro, em costumes de literalmente toda a cidade importante de qualquer país.

Para o mesmo autor (2012, p. 89),

É próprio do capitalismo, em geral, separar a propriedade do capital da sua aplicação à produção; separar o capital-dinheiro do industrial ou produtivo; separar o *rentista*, que vive apenas dos rendimentos provenientes do capital-dinheiro, do industrial e de todas as pessoas que participam diretamente na gestão do capital. O imperialismo, ou domínio do capital financeiro, é o capitalismo no seu grau superior, em que essa separação adquire proporções imensas. O predomínio do capital financeiro sobre todas as demais formas do capital implica o predomínio do rentista e da oligarquia financeira; implica uma situação privilegiada de uns poucos Estados financeiramente “poderosos” em relação a todos os restantes.

O ano de 1914 pode ser considerado, simbolicamente, a data de início do fordismo, quando Henry Ford promoveu o seu dia de trabalho de oito horas e cinco dólares como recompensa para os trabalhadores da linha automática de montagem de carros, que ele havia estabelecido em Dearborn, Michigan, em 1913. Houve, porém, dois impedimentos principais à disseminação do fordismo nos anos entreguerras: a primeira barreira era o fato de o estado das relações de classe no mundo capitalista dificilmente apresentar-se como propício à fácil aceitação do mesmo, e a segunda barreira importante a ser enfrentada estava nos mecanismos e modos de intervenção estatal (HARVEY, 2012a).

A expansão fenomenal do pós-guerra dependeu de uma série de reposicionamentos e compromissos por parte dos principais atores dos processos de desenvolvimento capitalista. O Estado assumiu novos papéis (keynesianos) e construiu novos poderes institucionais; o capital corporativo ajustou as velas para seguir de forma mais suave a trilha da lucratividade segura; e o trabalho organizado assumiu novas funções e papéis relativos ao desempenho nos processos de produção e nos mercados de trabalho. O equilíbrio de poder, firme, ainda que tenso, que prevalecia entre o grande capital corporativo, a nação-Estado e o trabalho organizado, que formou a base de poder da expansão pós-guerra, resultou de anos de luta, não tendo sido alcançado por acaso. Com a derrota dos movimentos operários radicais, surgidos no período pós-guerra imediato, o terreno político estava preparado para os tipos de compromisso e de controle do trabalho que possibilitaram o fordismo (HARVEY, 2012a).

Acontece que nem todos foram atingidos pelos benefícios do fordismo, havendo sinais abundantes de insatisfação mesmo no apogeu do sistema. Os sindicatos viram-se cada vez mais atacados a partir de fora, pelas mulheres, pelos desprivilegiados e pelas minorias excluídas. Corriam ainda o risco de ser reduzidos, perante a opinião pública, a grupos de interesse fragmentados que buscavam servir a si mesmos, não a objetivos gerais, na medida em que serviam aos interesses estreitos de seus membros e abandonavam as preocupações socialistas mais radicais (HARVEY, 2012a).

O Estado suportava uma crescente carga de descontentamento, que culminava, às vezes, em desordens civis por parte dos excluídos. O Estado, no mínimo, tinha de tentar garantir alguma espécie de salário social adequado para todos ou engajar-se em políticas redistributivas ou ações legais que combatessem as desigualdades, a exclusão e o empobrecimento das

minorias, remediando tais desigualdades. A legitimidade do poder estatal dependia cada vez mais da sua capacidade de levar a todos os benefícios do fordismo e de encontrar maneiras de ofertar habitação, assistência médica e serviços educacionais em larga escala, porém de modo atencioso e humano. A oferta dos bens coletivos tinha como condição a contínua aceleração da produtividade do trabalho no setor corporativo, pois só assim o Estado keynesiano do bem-estar social poderia manter-se fiscalmente viável (HARVEY, 2012a).

Na ponta do consumo, podia ver-se muito mais do que uma pequena crítica à pouca qualidade de vida promovida por um regime de consumo de massa padronizado. A qualidade do oferecimento de serviços de administração pública também recebia pesadas críticas (HARVEY, 2012a).

A tudo isso deve-se acrescentar todos os insatisfeitos do Terceiro Mundo com relação a um processo de modernização que prometia emancipação das necessidades, desenvolvimento e plena integração ao fordismo, mas que promovia, na prática, muita opressão, a destruição de culturas locais e numerosas formas de domínio capitalista em troca de ganhos bastante píftios em termos de serviços públicos (saúde, por exemplo) e de padrão de vida, a não ser para uma pequena elite nacional bastante afluyente que havia decidido colaborar de forma ativa com o capital internacional. Movimentos em prol da libertação nacional – frequentemente burguês-nacionalistas, mas algumas vezes socialistas – mobilizaram muitos desses insatisfeitos sob formas que pareciam, às vezes, ameaçadoras para o fordismo global. A hegemonia geopolítica dos Estados Unidos estava ameaçada, e, mesmo tendo começado a era pós-guerra empregando o militarismo e o anticomunismo como veículos de promoção da estabilização econômica e geopolítica, o mesmo se viu às voltas com o problema de equacionar a opção “manteiga ou armas” em sua própria política econômica fiscal (HARVEY, 2012a).

Para Harvey (2012a),

[...] o núcleo essencial do regime fordista manteve-se firme ao menos até 1973, e, no processo, até conseguiu manter a expansão do período pós-guerra – que favorecia o trabalho sindicalizado e, em alguma medida, estendia os “benefícios” da produção e do consumo de massa de modo significativo – intacta. Os padrões materiais de vida para a massa da população nos países capitalistas avançados se elevaram e um ambiente relativamente estável para os lucros corporativos prevalecia. Só quando a aguda recessão de 1973 abalou esse quadro, um processo de transição rápido, mas ainda não bem entendido, do regime de acumulação teve início (p. 134).

A crise econômica conduziu a retrocessos em matéria de conquistas políticas e sociais. O neoliberalismo atribui ao Estado capitalista um grande poder sobre os indivíduos, sob a alegação de restaurar a saúde econômica e preservar o futuro, ao mesmo tempo em que prega uma abstenção estatal na área produtiva. Para justificar a recessão programada, a alegação de que o grande desemprego é necessário para aumentar o emprego mais à frente é um argumento consagrado (SANTOS, M., 2012). Segundo este autor, neste sentido,

É necessário lembrar que, para muitos países do Terceiro Mundo, o empobrecimento da moralidade internacional atribuiu aos imperativos do progresso a presença de regimes fortes, as distorções na vida econômica e social, a supressão do debate sobre os direitos dos cidadãos, mesmo em suas formas mais brandas.

Deixaram de ser permitidos: a defesa do direito ao trabalho e a uma remuneração condigna, o reclamo dos bens vitais mínimos, o direito à informação generalizada, ao voto e, até mesmo, a salvaguarda da cultura (p. 24).

Conforme Coutinho (2010, p. 35):

A palavra “reforma” foi sempre organicamente ligada às lutas dos subalternos para transformar a sociedade e, por conseguinte, assumiu na linguagem política uma conotação claramente progressista e até mesmo de esquerda. O neoliberalismo busca utilizar a seu favor a aura de simpatia que envolve a ideia de “reforma”. É por isso que as medidas por ele propostas e implementadas são mistificadamente apresentadas como “reformas”, isto é, como algo progressista em face do “estatismo”, que, tanto em sua versão comunista como naquela social-democrata, seria agora inevitavelmente condenado à lixeira da história. Desta maneira, estamos diante da tentativa de modificar o significado da palavra “reforma”: o que antes da onda neoliberal queria dizer ampliação de direitos, proteção social, controle e limitação do mercado etc., significa agora cortes, restrições, supressão desses direitos e desse controle. Estamos diante de uma operação de mistificação ideológica que, infelizmente, tem sido em grande medida bem-sucedida.

Sob a égide do consenso keynesiano, a cidade deveria ser regida por necessidades gerais de circulação e acumulação do capital, cabendo ao planejamento a tarefa de funcionalização e racionalização espacial por meio dos instrumentos que se generalizaram a partir da Segunda Guerra Mundial, o que colocou o zoneamento e os planos diretores em primeiro lugar. Sob o Consenso de Washington, porém, a cidade passou a ser investida como espaço direto e sem mediações da financeirização e valorização do capital. As cidades, concebidas enquanto empresas em concorrência umas com as outras pela atração de capitais, são oferecidas no mercado global, entregando a capitais cada vez mais móveis recursos públicos, tais como subsídios, isenções, terras (VAINER, 2013). Para Rolnik (2015),

Particularmente nos anos 1990, o assalariamento recuou de forma contínua, interrompendo o ciclo histórico de mobilidade ocupacional nas cidades que cresceram no período fordista de industrialização, a partir dos anos 1950. Um dos elementos centrais – para os setores populares – da transição política do autoritarismo para um regime democrático, as promessas de extensão de direitos e de igualdade de oportunidades, expressas na “Constituição cidadã” de 1988, foram abortadas por uma transição econômica que aumentou drasticamente a pobreza e reduziu as possibilidades do Estado de estabelecer políticas redistributivas (p. 273).

Sob a hegemonia neoliberal, a dinâmica dos direitos humanos (moradia, educação, saúde, lazer, cultura, etc.) vai cedendo lugar à lógica da mercantilização/financeirização, quando os direitos são tratados como mercadorias a serem obtidas via mercado.

Na década de 70 do século 20, com o início da imposição do “consenso neoliberal”, segundo o qual o Estado deveria eximir-se da obrigação de provisão pública de educação, saúde, transporte, habitação, abastecimento (energia, água e infraestrutura), essas áreas foram abertas à primazia do valor de troca e à acumulação de capital privado (HARVEY, 2016). Assim, consoante este autor,

A mesma coisa acontece na saúde e na educação (em particular, no ensino superior), à medida que as considerações do valor de troca predominam cada vez mais sobre os aspectos do valor de uso na vida social. A história que ouvimos por toda parte, das salas

de aula a praticamente todos os meios de comunicação, é que a maneira mais barata, eficiente e adequada de obter valores de uso é libertando o espírito animal do empreendedor, faminto de lucro, que o incita a participar do sistema de mercado. Por isso, muitos valores de uso que antes eram distribuídos gratuitamente pelo Estado foram privatizados e mercantilizados: moradia, educação, saúde e serviços públicos seguiram nessa direção em muitos países. O Banco Mundial insiste que essa deve ser a regra geral. Mas tal sistema funciona para os empreendedores, que costumam obter grandes lucros, e para os ricos, mas penaliza praticamente todo o resto da população, a ponto de gerar entre 4 e 6 milhões de execuções hipotecárias nos Estados Unidos (e muitas outras na Espanha e em outros países). A escolha política é entre um sistema mercantilizado, que serve muito bem aos ricos, e um sistema voltado para a produção e a provisão democrática de valores de uso para todos, sem qualquer mediação do mercado (p. 34).

Segundo o IBGE (2012), no Brasil, são 6.052.000 imóveis desocupados e, praticamente, o mesmo número de famílias sem moradia. Eles estão servindo à especulação imobiliária, esperando por alguma Parceria Público-Privada ou operação urbana que lhes agregue valor por meio do investimento público (BOULOS, 2015). A propriedade que os imóveis têm de se valorizarem (a especulação imobiliária) está na base da carência habitacional e da segregação espacial. Em torno da apropriação da renda imobiliária é travada uma luta no contexto urbano (MARICATO, 1997):

Fazendo um raciocínio muito esquemático, de um lado estão os usuários da cidade, os trabalhadores, aqueles que querem da cidade condições para tocar a vida: moradia, transporte, lazer, vida comunitária, etc. Esses vêem a cidade como valor de uso. Do outro lado estão aqueles para quem a cidade é fonte de lucro, mercadoria, objeto de extração de ganhos. Esses encaram a cidade como valor de troca. A luta que se trava na cidade pela apropriação da renda imobiliária é a própria expressão da luta de classes em torno do espaço construído (p. 44).

Nos países capitalistas periféricos, a invisibilidade da política urbana é histórica. Nesses países, a habitação dos trabalhadores não é problema para o capital e, inúmeras vezes, não tem sido para o Estado. Os bairros de moradia dos trabalhadores são construídos por eles mesmos, nos seus horários de descanso, e as favelas constituem parte da reprodução da força de trabalho formal. Foi assim durante o processo de industrialização via substituição de importações e é assim nos dias atuais, nas cidades “globais”. As favelas, pois, integram as cidades de países como o Brasil (MARICATO, 2015). Para Rolnik (2015, p. 160), “Sob a hegemonia do capital financeiro e rentista, a terra mais do que um meio de produção torna-se uma poderosa reserva de valor”. Ainda segundo Rolnik (2015, p. 166-167),

[...] para além de justificar a urbanização sem crescimento econômico, os processos que estamos testemunhando nesta fase apontam para uma nova dinâmica e um novo papel das terras ocupadas pelos pobres, em contextos urbanos e rurais. Na fase financeirizada e rentista do capital, as terras apropriadas sob regimes de posse que não a propriedade individual titulada e registrada, no campo e nas cidades, passam a funcionar como uma reserva, passível de ser ocupada a qualquer momento por frações do capital financeiro em sua fome incessante de novas garantias para seus ativos. Assim, de *locus* de um exército industrial de reserva, as favelas do mundo convertem-se em novas reservas de terra para extração de renda, sob a hegemonia do complexo imobiliário-financeiro.

A crise do modelo fordista de produção e do Estado de Bem-Estar Social dá uma nova forma ao racismo. Tal contexto tornou populações inteiras submetidas às mais precárias condições de vida ou abandonadas à própria sorte, anunciando o esgotamento do modelo expansivo do capital. Avança a austeridade fiscal, que nada mais é do que o corte dos direitos sociais, com a finalidade de transferir parte do orçamento público para o setor financeiro. Ao mesmo tempo em que avança uma onda de privatizações, a precarização do trabalho e a desregulamentação de setores da economia, naturaliza-se a figura do inimigo, o bandido que ameaça a integração social, distraindo a sociedade, amedrontada pelo noticiário e por programas policiais, que aceita a repressão do Estado em nome da segurança, mas que servirá apenas para conter o inconformismo social diante da violência social provocada pelo modelo neoliberal do capitalismo (ALMEIDA, 2018). Para Almeida (2018),

O esfacelamento da sociabilidade regida pelo trabalho abstrato e pela “valorização do valor” resulta em terríveis tragédias sociais, haja vista que o movimento da economia e da política não é mais de integração ao mercado – há que se lembrar que na lógica liberal o “mercado” é a sociedade civil. Como não serão integrados ao mercado, seja como consumidores ou como trabalhadores, jovens negros, pobres, moradores de periferia e minorias sexuais serão vitimados por fome, epidemias ou pela eliminação física promovida direta ou indiretamente – por exemplo, corte nos direitos sociais – pelo Estado. Enfim, no contexto da crise, o racismo é um elemento de racionalidade, de *normalidade* e que se apresenta como modo de integração possível de uma sociedade em que os conflitos tornam-se cada vez mais agudos (2018, p. 162).

Sob o regime neoliberal, os direitos sociais sucumbem à lógica excludente do mercado. Pessoas que, além de estarem sujeitas às desigualdades de classe, são estigmatizadas pela cor de sua pele e seu pertencimento étnico-racial, são as principais vítimas da violência neoliberal.

4 RACISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDADE RACIAL SOB A HEGEMONIA NEOLIBERAL

O racismo desenvolveu-se como um pilar ideológico na formação e estruturação da sociedade brasileira. A discriminação racial atuou mediando as relações sociais estabelecidas nessa sociedade, hierarquizando-a com base na subjugação da população negra. O fim da escravidão não foi sucedido por políticas públicas antirracistas que poderiam ter contribuído para o rompimento com os séculos de atraso. A construção de tais políticas no Brasil é recente, pois é somente a partir dos anos 1980 que os movimentos sociais negros conseguiram, de forma paulatina, sensibilizar o Estado para essa agenda (FERREIRA, 2013).

A Constituição Federal de 1988 aponta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o seu artigo 1º, III. No artigo 3º, os objetivos fundamentais da República são expostos, dentre eles o de promover o bem de todos, sem preconceitos, inclusive o de “raça”. O repúdio ao racismo foi elevado a princípio constitucional orientador da República nas suas relações internacionais, conforme o artigo 4º, VIII. De acordo com o inciso XLII, do artigo 5º, o racismo é um crime imprescritível e inafiançável, sujeito à pena de reclusão (SANTOS, 2010). Conforme Santos (2010),

[...] vislumbra-se de forma cristalina que nossa Constituição condena de forma absoluta qualquer modalidade de preconceito ou discriminação negativa, chegando ao ponto de ter sido inserido em seu texto de maneira expressa que o racismo constitui crime (e não mera contravenção, como era antes da promulgação da Carta Magna, em 1988) (p. 61).

Em termos institucionais, a SEPPIR foi a mais duradoura e importante experiência política de combate ao racismo por parte do Estado brasileiro. Entre 2003 e 2015 (período de existência da SEPPIR), construíram-se decretos, conferências, um Estatuto da Igualdade Racial, políticas públicas e um Sistema Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Ainda assim, o encarceramento em massa e os índices de violência contra a juventude só fizeram subir nesse período, o que demonstra a força da violência racial (uma das bases do autoritarismo da sociedade brasileira) na formação social do país (OLIVEIRA, 2017). Para Oliveira (2017),

As políticas de igualdade racial observaram um incremento único na história da república brasileira com a criação da Seppir em 2003. Houve inegáveis avanços no período, como as cotas nas universidades, o programa Brasil Quilombola e o programa Juventude Viva. Este balanço seria parcial e insuficiente se não levarmos em conta os efeitos das políticas sociais de inclusão. Contudo, as estruturas seculares de racialização da pobreza – as políticas de segurança, de encarceramento em massa e de extermínio da juventude negra – continuaram intactas (p. 281).

O neoliberalismo vê o mercado como o paradigma da liberdade, e a democracia emerge como um sinônimo para o capitalismo, que reemerge como o sentido da história. O último passo em direção à eliminação completa do racismo é representado no discurso neoliberal do “*color-blindness*” (a cegueira da cor) e na afirmação de que a equidade só pode ser alcançada quando a lei, tanto quanto os sujeitos individuais, tornarem-se cegos para a questão racial, ou não agirem de forma preconceituosa. Essa abordagem, entretanto, falha ao não apreender o trabalho ideológico e material que a “raça” continua a fazer nas estruturas sociais e econômicas, enquanto legitima os lucros gigantescos gerados pela indústria punitiva (DAVIS, 2012).

A expansão do sistema de justiça criminal e a emergência de um complexo industrial-prisional é acompanhada por uma campanha que persuade, novamente, no final do século 20, que a raça é uma categoria demarcadora da criminalidade. De acordo com essa propaganda, a figura que representaria o criminoso é um jovem negro, e os jovens negros provocariam medo. A mensagem que é propagada pelos políticos e por incontáveis séries de crimes na TV é que não é necessário temer o desemprego, a deterioração das condições nas comunidades pobres e o déficit habitacional; eles sugerem que não é necessário temer nem a degradação ambiental, provocada pelas operações militares e pelas empresas, nem a guerra, mas que é necessário temer o crime e aqueles que são representados como os seus mais frequentes executores. A racialização do medo constrói os inimigos públicos (DAVIS, 2012).

As prisões permitem à sociedade descartar pessoas que herdaram graves problemas sociais sem reconhecer que muitas delas estão simplesmente se degradando e necessitam de ajuda. Como há um número desproporcional de pessoas negras atrás das grades, o racismo estrutural impede este processo. Dadas as histórias de escravidão, colonização e outras formas de violência racista, o uso ativo do sistema de justiça criminal para descartar permanentemente grandes números de jovens negros é coerente com os modos prévios de destruição e desumanização racista. A maioria das mulheres que estão presas são encarceradas por crimes

relacionados às drogas e sem uso de violência. Tal fato leva a pensar acerca do desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social. O desmanche das instituições que promoviam os direitos sociais, ajudando as pessoas mais vulneráveis a sobreviver, tem sido acompanhado por um crescimento no número e intensidade de instituições repressivas. Conforme o discurso conservador, as pessoas que estão na prisão merecem estar lá. Elas merecem ser descartadas. Se homens negros e pobres e mulheres negras e pobres estão encarcerados, eles pertencem àquele espaço, e todos estão absolvidos da responsabilidade de pensar sobre eles bem como de pensar sobre os problemas sociais na vida e nas comunidades das pessoas negras. Todos estão desobrigados de pensar sobre o analfabetismo, a pobreza, o racismo, as drogas, os sistemas escolares ruins, etc. (DAVIS, 2012).

O racismo assegura a função de morte na economia do biopoder, seguindo o princípio de que a morte dos outros significa o fortalecimento biológico da própria pessoa, na medida em que ela faz parte de uma população ou de uma raça enquanto é membro de uma pluralidade viva e unitária (FOUCAULT, 2010). Assim, para Foucault (2010),

[...] o racismo é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano. A justaposição, ou melhor, o funcionamento, através do biopoder, do velho poder soberano do direito de morte implica o funcionamento, a introdução e a ativação do racismo. E é aí [...] que efetivamente ele se enraíza.

[...] nessas condições [...] os Estados mais assassinos são, ao mesmo tempo, forçosamente os mais racistas (p. 217-218).

As sociedades latino-americanas lançaram-se em experiências precoces de desregulação radical (ou seja, uma nova regulação em favor de empresas multinacionais) antes de cair sob a tutela dos organismos financeiros internacionais que impuseram os dogmas monetaristas, oferecendo um terreno mais propício à adoção de versões duras do populismo penal e à importação de estratégias estadunidenses de luta contra a criminalidade. O novo “senso comum” punitivo foi concebido para responder ao crescimento da desigualdade e da marginalidade na cidade pós-industrial. A “mão invisível” do mercado necessita e clama pelo “punho de ferro” do Estado penal (WACQUANT, 2015). De acordo com Wacquant (2015, tradução nossa),

Este projeto implica a reforma e o reemprego do Estado para sustentar os mecanismos mercadológicos e disciplinar o novo proletariado pós-industrial, contendo as perturbações internas geradas pela fragmentação do salário, a retração dos sistemas de proteção social e a reorganização correlativa da hierarquia étnica estabelecida (étnico-racial nos Estados Unidos, étnico-nacional na Europa Ocidental e uma mescla dos dois na América Latina). Longe de ser o monopólio de alguma variante do neoconservadorismo, ele é colocado em prática indiferentemente pelos governos de direita e de (centro) esquerda, ainda que com inflexões e modalidades diferentes (p. 174).

Nas últimas duas décadas, no âmbito de uma mesma tendência, foi produzido um crescimento extraordinário das taxas de encarceramento nos países latino-americanos, com algumas variações nos contextos nacionais. Em 1992, apenas três países tinham cem presos ou mais a cada 100.000 habitantes – Uruguai (100), Venezuela (133) e Chile (154). Ao mesmo tempo, havia vários países que possuíam taxa “escandinavas”, como Peru (69), Argentina (62), Equador (75) e Brasil (74) (SOZZO, 2016). Conforme Sozzo (2016),

Este panorama mudou radicalmente em pouco mais de duas décadas. Atualmente (com dados referentes a 2013, 2014 e 2015), todos os países sul-americanos possuem taxas de encarceramento superiores aos 150 presos a cada 100.000 habitantes, com exceção da Bolívia (134/100.000). Há outros quatro países com menos de 200 presos a cada 100.000 habitantes: Argentina (152), Paraguai (158), Equador (165) e Venezuela (172). Mas todos os outros superaram este limite: Peru (236), Chile (240), Colômbia (244), Uruguai (282) e Brasil (300). Toda a América do Sul se encontra agora muito longe dos níveis de encarceramento dos países escandinavos que em grande medida se mantiveram nos níveis de vinte anos atrás (p. 11-12).

“Em 2012, 56.000 pessoas foram assassinadas no Brasil. Destas, 30.000 são jovens entre 15 a 29 anos e, desse total, 77% são negros. A maioria dos homicídios é praticado por armas de fogo, e menos de 8% dos casos chegam a ser julgados” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2017). O homicídio foi naturalizado no Brasil. Em 2014 foram assassinadas 68.430 pessoas. Essas mortes violentas, todavia, vitimizam prioritariamente os jovens negros com baixa escolaridade (CERQUEIRA; COELHO, 2017). Esse processo gradativo de vitimização letal da juventude está em curso desde a década de 80 do século 20 no Brasil. Os mortos são jovens cada vez mais jovens. Enquanto no início da década de 80 o pico da taxa de homicídio se dava aos 25 anos, hoje ele gira em torno dos 21 anos. Entre 2000 e 2010 parecia que essa dinâmica vinha perdendo força, uma vez que houve um pequeno incremento na taxa de homicídio de jovens (+2,5%) ante um crescimento maior nos anos 1990 (+20,3%) e nos anos 1980 (89,9%). Entre 2005 e 2015 houve um aumento de 17,2% da taxa de homicídio de jovens entre 15 e 29 anos, o que, em números absolutos, significa que nesse período foram assassinados mais de 318 mil jovens (CERQUEIRA et al., 2017). Segundo Jessé Souza (2017),

O excluído, majoritariamente negro e mestiço, é estigmatizado como perigoso e inferior e perseguido não mais pelo capitão do mato, mas, sim, pelas viaturas de polícia com licença para matar pobre e preto. Obviamente, não é a polícia a fonte de violência, mas as classes média e alta que apoiam esse tipo de política pública informal para higienizar as cidades e calar o medo do oprimido e do excluído que construiu com as próprias mãos. E essa continuidade da escravidão com outros meios se utilizou e se utiliza da mesma perseguição e da mesma opressão cotidiana e selvagem para quebrar a resistência e a dignidade dos excluídos.

Mais ainda. Como a produção da desigualdade de classe desde o berço é reprimida tanto consciente quanto inconscientemente, é o estereótipo do negro, facilmente reconhecível, que identifica de modo fácil o inimigo a ser abatido e explorado (p. 83).

Em poucas palavras, o avanço da hegemonia neoliberal alimenta um processo excludente de especulação das terras urbanas, ao mesmo tempo em que promove o recuo nos direitos sociais. Nesse contexto, a cidade neoliberal é marcada por um avanço acelerado do aprofundamento da desigualdade, que atinge, de forma desigual, a população negra.

5 CIDADES NO NOVO SÉCULO: Neoliberais e Neocoloniais

Embora aspire ao entendimento universal da diversidade da vida social, a geografia burguesa cultiva frequentemente perspectivas etnocêntricas e paroquiais relacionadas a essa diversidade, tendo sido, diversas vezes, veículo para transmitir doutrinas de superioridade nacional, cultural ou racial. As ideias do destino “manifesto” ou “geográfico”, da “missão ci-

vilizadora” da burguesia e da “responsabilidade do homem branco” estão amplamente difundidas pelo pensamento geográfico. A informação geográfica, como os mapas, pode ser usada para explorar os medos e promover a hostilidade entre povos e justificar o imperialismo, a repressão interna (de forma particular nas áreas urbanas) e a dominação neocolonial (HARVEY, 2012b). Tal processo, violento e racista, também se encontra presente na sociedade brasileira. De acordo com Rolnik (2015),

Na cultura urbana contemporânea, o “enclave fortificado” tem como oposto – simbólico e real – a “periferia” e a “favela”, onde “mora” a violência, consubstanciada na presença dos intermediários da distribuição do narcotráfico, imagem que os meios de comunicação não pararam de reproduzir nas últimas décadas. A identificação dos territórios populares com o crime e dos seus habitantes como criminosos [...] é, entretanto, muito anterior à presença do narcotráfico nas cidades. O uso da violência por parte da polícia e de estruturas privadas de repressão contra a classe trabalhadora, os pobres e os não brancos no Brasil é antigo e amplamente documentado. Tendo como origem os castigos físicos durante a escravidão, a tortura e outras formas de abuso atravessaram a história republicana de maneira que a população – especialmente a população não branca e pobre – tem sofrido continuamente com vários tipos de violência policial e injustiça legal (p. 274).

Fato característico do período atual é a inflação da população carcerária nas sociedades avançadas em razão do uso do encarceramento como instrumento de administração da insegurança social. Em todos os países onde a ideologia neoliberal de submissão ao “livre-mercado” foi instituída é possível observar um crescimento espetacular do número de pessoas colocadas atrás das grades, enquanto o Estado depende cada vez mais das instituições penais e da polícia para conter a desordem produzida pela imposição do trabalho precário, o desemprego em massa e o encolhimento da proteção social. O Estado keynesiano, que foi o veículo histórico da solidariedade e que possui como missão fazer frente aos efeitos danosos do mercado, promovendo a redução das desigualdades e o “bem-estar”, foi substituído por um Estado darwinista que transforma a competição em fetiche e celebra a irresponsabilidade individual, recolhendo-se às funções soberanas de “lei e ordem”, hipertrofiadas (WACQUANT, 2008). Neste contexto, a população negra, historicamente majoritária nas situações de desemprego, baixa renda, menor acesso à educação formal, menor acesso aos serviços de saúde, etc., é a maior vítima do Estado penal/darwinista.

Nas grandes cidades brasileiras a continuidade de violências e desigualdades que remontam aos tempos coloniais se faz presente nas formas urbanas e no conteúdo das relações raciais, de gênero e de classe. O racismo instituiu e institui uma cisão nas relações sociais, quando se estabelecem os grupos sociais que podem ser presos, assassinados, ter acesso aos piores empregos e estar mais expostos ao desemprego e às violações de direitos humanos, e o grupo social privilegiado. Dessa forma, reproduz-se a supremacia branca nas cidades brasileiras. De acordo com Foucault (2010, p. 214), o racismo “É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer”. Assim, a primeira função do racismo é “[...] fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder” (FOUCAULT, 2010, p.

214). Frantz Fanon (2005), em *Os condenados da terra*, afirma que nas cidades colonizadas existem duas zonas distintas¹:

A cidade do colono é uma cidade sólida, toda de pedra e ferro. É uma cidade iluminada, asfaltada, onde as latas de lixo transbordam sempre de restos desconhecidos, nunca vistos, nem mesmo sonhados. Os pés do colono nunca se mostram, exceto talvez no mar, mas nunca se está bastante próximo deles. Pés protegidos por sapatos fortes, enquanto as ruas de sua cidade são limpas, lisas, sem buracos, sem pedriscos. A cidade do colono é uma cidade empanturrada, preguiçosa, seu ventre está sempre cheio de coisas boas. A cidade do colono é uma cidade de brancos, de estrangeiros (p. 55).

Já com relação à cidade do colonizado, o autor assevera:

[...] ou pelo menos a cidade indígena, a aldeia negra, a *Medina*, a reserva é um lugar mal afamado, povoado de homens mal afamados. Ali, nasce-se em qualquer lugar, de qualquer maneira. Morre-se em qualquer lugar, de qualquer coisa. É um mundo sem intervalos, os homens se apertam uns contra os outros, as cabanas umas contra as outras. A cidade do colonizado é uma cidade faminta, esfomeada de pão, de carne, de sapatos, de carvão, de luz. A cidade do colonizado é uma cidade agachada, uma cidade de joelhos, uma cidade prostrada. É uma cidade de pretos, de “turcos”. O olhar que o colonizado lança sobre a cidade do colono é um olhar de luxúria, um olhar de inveja. Sonhos de posse. Todos os modos de posse: sentar-se à mesa do colono, deitar-se na cama do colono, se possível com a mulher dele. O colonizado é um invejoso. O colono não ignora isso e, surpreendendo o seu olhar vago, constata amargamente e sempre em alerta: “Eles querem o nosso lugar”. É verdade, não há um colonizado que não sonhe, ao menos uma vez por dia, instalar-se no lugar do colono (p. 55-56).

O que torna essa cisão, presente na descrição de Fanon da realidade colonial africana, tão igual à realidade da cisão presente nas cidades brasileiras, é a existência do racismo colonial em ambas as sociedades. O lugar que o colonizado deseja, e que o colono afirma ser exclusivamente seu, é o lugar da humanidade, que lhe foi negada pelo projeto colonial, que se impôs inferiorizando e brutalizando o colonizado. Pode-se notar, assim, que no mundo “pós-colonial” não há uma real ruptura com as práticas coloniais, e essas sobrevivem e se metamorfoseiam sob a hegemonia neoliberal. Para Davis (2006),

Esses padrões polarizados de uso da terra e de densidade populacional recapitulam lógicas mais antigas de controle imperial e dominação racial. Em todo o Terceiro Mundo, as elites pós-coloniais herdaram e reproduziram com ganância as marcas físicas das cidades coloniais segregadas. Apesar da retórica de libertação nacional e justiça social, adaptaram com agressividade o zoneamento racial do período colonial para defender os seus próprios privilégios de classe e a exclusividade espacial (p. 104).

A terra urbana, portanto, adquire centralidade se o que se busca é a promoção da dignidade. Não é possível promover direitos sem lutas pela democratização da terra e da moradia.

Para Mbembe (2018), qualquer relato histórico acerca do surgimento do terror moderno precisa tratar da escravidão, uma das primeiras manifestações da experiência bio-

¹ “A zona habitada pelos colonizados não é complementar à zona habitada pelos colonos. Essas duas zonas se opõem, mas não a serviço de uma unidade superior. Regidas por uma lógica puramente aristotélica, elas obedecem ao princípio de exclusão recíproca: não há conciliação possível, um dos termos é demais” (FANON, 2005, p. 55).

política. Provém da negação racial da possibilidade de qualquer vínculo entre o nativo, o conquistador, o fato de que as colônias podem ser governadas na ausência absoluta de lei. Aos olhos do conquistador a “vida selvagem” é apenas outra forma de “vida animal”, uma experiência assustadora, radicalmente outro (alienígena), além da compreensão e imaginação. Assim,

A “ocupação colonial” em si era uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico – inscrever sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais. Essa inscrição de novas relações espaciais (“territorialização”) foi, enfim, equivalente à produção de fronteiras e hierarquias, zonas e enclaves; a subversão dos regimes de propriedade existentes; a classificação das pessoas de acordo com diferentes categorias; extração de recursos; e, finalmente, a produção de uma ampla reserva de imaginários culturais. Esses imaginários deram sentido à instituição de direitos diferentes, para diferentes categorias de pessoas, para fins diferentes no interior de um mesmo espaço; em resumo, o exercício da soberania. O espaço era, portanto, a matéria-prima da soberania e da violência que ela carregava consigo. Soberania significa ocupação, e ocupação significa relegar o colonizado a uma terceira zona, entre o estatuto do sujeito e objeto (MBEMBE, 2018, p. 38-89).

Achille Mbembe (2018) identifica uma passagem dos Estados modernos, no exercício da soberania, da utilização da biopolítica (caracterizada pelo “deixar morrer”), para o uso da necropolítica (caracterizada pelo “fazer morrer”). Os Estados combinam, então, o biopoder, o Estado de exceção e a política de morte. A atuação do Estado, porém, não é uniforme em todo o seu território, cabendo aos habitantes das áreas estigmatizadas, como colônias internas, a aplicação da política de morte/necropolítica.

Para Frantz Fanon (2008), a verdadeira desalienação do negro implica uma súbita tomada de consciência das realidades econômicas e sociais, pois só há um complexo de inferioridade após um duplo processo, que é inicialmente econômico e, em seguida, marcado pela interiorização, ou seja, pela epidermização dessa inferioridade. Desse modo,

A violência que presidiu ao arranjo do mundo colonial, que ritmou incansavelmente a destruição das formas sociais indígenas, demoliu sem restrições os sistemas de referências da economia, os modos de aparência, de indumentária, será reivindicada e assumida pelo colonizado no momento em que, decidindo ser a história em atos, a massa colonial irromperá nas cidades proibidas. Explodir o mundo colonial é doravante uma imagem de ação muito clara, muito compreensível e que pode ser retomada por cada um dos indivíduos que constituem o povo colonizado. *Desmantelar o mundo colonial não significa que depois da abolição das fronteiras, serão construídas vias de passagem entre as duas zonas. Destruir o mundo colonial é, nem mais nem menos, abolir uma zona, enterrá-la no mais profundo do solo ou expulsá-la do território* (FANON, 2005, p. 57, grifo nosso).

As cidades brasileiras reproduzem a lógica colonial/maniqueísta, que privilegia a sua população branca enquanto estigmatiza e segrega a sua população negra, e que, sob a hegemonia neoliberal, só tem fortalecido os proprietários de terrenos, os investidores/especuladores estrangeiros e nacionais, as elites e os trabalhadores de classe média.

6 PRIVILÉGIOS DA BRANQUITUDE

A despeito de tudo o que aqui já foi registrado, a presente análise ficaria incompleta sem um tratamento, ainda que breve, sobre como o poder e o privilégio da branquitude são a outra face da moeda do racismo colonial/moderno antinegro.

As pessoas brancas não representam um número significativo em termos de população mundial; são, porém, as da cor dominante, em termos de privilégio e poder, ainda que isso não signifique que todos os brancos têm privilégio e poder (uma vez que a branquitude é articulada sempre, por exemplo, a gênero, classe social e sexualidade) (STOREY, 2015).

Com base nos dados do Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar (PNAD) de 1999 (IBGE, 2000), o Brasil foi classificado como um país de desenvolvimento humano mediano, ocupando a 79ª posição do *ranking* internacional do PNUD. Os índices de desenvolvimento humano diferentes para brancos (que faria o país ocupar o 49º, com IDH semelhante ao da Bélgica) e negros (que colocaria o Brasil na 108ª posição) indicam a coexistência, no mesmo território, de dois países apartados um do outro (CARNEIRO, 2018). O Brasil negro, de acordo com os Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) da ONU, pode ser comparado aos países mais subdesenvolvidos do mundo. Já o país não negro permite maior acesso aos meios de desenvolvimento socioeconômico: educação, saúde, trabalho e habitação (MOLINA, 2013). Tal situação resolve-se com políticas públicas de geração de renda e emprego, educação, moradia gratuita para os mais pobres (não pautada pela ideologia da casa própria), promoção de infraestrutura de saneamento e de serviços básicos públicos gratuitos. O que vai de encontro à ideologia neoliberal, que busca ampliar a atuação da lógica da mercadoria para todo o âmbito das relações sociais.

Os resultados de pesquisas realizadas pelo Instituto Ethos (2010), que tiveram por objetivo mapear o perfil racial, social e de gênero das 500 maiores empresas que atuam no Brasil, mostram que, em todos os levantamentos efetuados, o percentual de participação de negros nas organizações empresariais decresce à medida que se leva em consideração a sua presença nos níveis mais elevados da hierarquia. No nível executivo, representavam apenas 1,8% em 2003, 3,4% em 2005, 3,5% em 2007, 5,3% em 2010 e 4,7% em 2015. Em posições gerenciais, a participação era de 8,8% em 2003, 9% em 2005, 17% em 2007, 13,2% em 2010 e 6,3% em 2015. Considerando, todavia, que negros – pretos e pardos, de acordo com a classificação utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2008) – totalizavam 48% da população brasileira em 2004, 49,5% em 2006, 49,7% em 2007, 51,1% em 2009 e 52,9% em 2013, é evidente a sub-representação nos espaços de poder, remuneração e prestígio dessas empresas. Em 2013 correspondiam a 52,8% da População Economicamente Ativa e 51,9% da população ocupada (JAIME, 2016).

O poder da branquitude reside justamente no fato de que ela parece existir fora das categorias etnia e raça, como se tais categorias pudessem ser aplicadas apenas a pessoas não brancas. A branquitude parece existir, assim, como a norma humana, sendo as etnias e raças um desvio dessa norma (STOREY, 2015). Consoante Storey (2015),

Para entender o poder normativo da branquitude, temos de esquecer a biologia e pensar nisso como um construto cultural; isto é, algo que é apresentado como “natural”, “normal” e “universal”. O que torna a branquitude tão poderosa, portanto, é que ela é mais

do que a cor dominante: atua em uma norma humana invisível, e é segundo essa norma que outras etnias são convidadas a classificar-se. Para simplificar, *peessoas brancas* raramente são vistas como pessoas *brancas*: são simplesmente humanas, sem etnia (p. 359).

James Baldwin, em 1970, escreveu uma carta, para Angela Y. Davis, na qual ele, em certo momento, relata como o racismo fecha as pessoas brancas em sua branquitude e que, mesmo em situações em que os privilégios da branquitude são apenas imaginários, muitos brancos não admitem o fato de que o extermínio de negros é uma guerra civil (posto que se trata de uma guerra entre “irmãos” dentro de suas cidades) e não uma guerra entre “raças”, fato este que contém perigo de morte para os negros e uma tragédia para a nação (BALDWIN, 2016).

No mundo “ocidental”, que é também um mundo compartimentado, colonial, a despeito de algumas conquistas sociais, pessoas negras são vitimizadas pelo racismo colonial. É o racismo colonial que molda as mentes e os corações de quem pensa o Estado e suas políticas públicas não como um instrumento de promoção de cidadania para todos os seus cidadãos, mas como um instrumento de controle e dominação dos que são eleitos pelo poder branco como os inimigos da sociedade. Tais pessoas passam a ter sua mobilidade física e social limitada sob a lógica de que, quando as pessoas negras se movem além do que o racismo colonial lhes permite, a branquitude perde um pouco de seu poder e privilégio. A branquitude, enquanto símbolo de poder e privilégios exclusivos, não é compatível com a democracia, que representa acesso equitativo a direitos (o que vai de encontro à lógica do privilégio) e poder distribuídos de forma justa entre os cidadãos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidade neoliberal aprofunda o processo de racialização da pobreza urbana ao fazer recuar a promoção dos direitos sociais e das políticas públicas. Neste contexto, a financeirização das terras urbanas torna mais vulnerável a população que vive em favelas, majoritariamente negra, pois, em sua maioria, não se apropriou das terras sob o regime de posse da propriedade individual titulada e registrada. O racismo institui a cisão entre os grupos sociais que podem, segundo a lógica do “patriarcado supremacista branco imperialista capitalista”², ser vitimados pelo genocídio civil e estatal e o grupo social privilegiado.

Com Golpes de Estado recentes, tais como os ocorridos no Paraguai e no Brasil (este contra a presidenta Dilma Rousseff e os direitos humanos da população brasileira), o avanço de prática neoliberais (desregulamentação do trabalho, privatização de empresas públicas, recuo de políticas públicas de educação e saúde, avanço do Estado Penal, por exemplo) tem significado um aumento nos índices de criminalidade e violência letal, acompanhado por um rebaixamento nos indicadores sociais, o que tem significado um aumento expressivo das desigualdades. A criminalidade que se pune, porém, é a dos socialmente mais vulneráveis, tendo em vista que os responsáveis pelo ataque aos direitos humanos estão blindados.

O golpe de 2016 mostra-se coerente com a história do Estado brasileiro, criado para a manutenção e o aprofundamento das desigualdades raciais. O caráter classista do golpe não

² Essa expressão é utilizada por bell hooks (2015) para conceituar o sistema de opressão que estrutura as relações sociais.

pode ser completamente apreendido sem a percepção do seu caráter também racista, que aprofundou/acelerou os processos de encarceramento e extermínio da juventude negra brasileira. O cerco às favelas do Rio de Janeiro (batizado de “intervenção militar”) é apenas mais um exemplo do que trata o golpe. A socióloga, mestre em Administração Pública e vereadora Marielle Franco, do PSOL, estava consciente disso e, por ser uma voz consciente do seu lugar de fala (mulher, negra, lésbica e periférica), foi vítima de um homicídio covarde. Marielle Franco lutou pelos direitos humanos dos negros, pobres e mulheres. *Marielle presente!*

A entrega do orçamento público, antes destinado a investimentos em educação, saúde, previdência social, lazer, cultura, esportes, meio ambiente, cidades, para a especulação financeira, que beneficia, principalmente, o grande capital financeiro internacional, só aprofunda e aprofundará o processo de genocídio da população negra, pobre e dos diversos povos indígenas. Como bem aponta Marx (2013, p. 830), “[...] o capital nasce escorrendo sangue e lama por todos os poros, da cabeça aos pés”.

No âmbito do Estado brasileiro, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a existência do racismo, oferece elementos jurídicos que fundamentam a ação por meio de Políticas de Estado e Políticas de Governo aptas a combater o racismo que estrutura as relações sociais no Brasil. Diante do recuo dos direitos sociais, porém, a intersecção de privilégios de classe, de raça e de gênero produz um conjunto de violências e desigualdades que afeta, de forma mais perversa, as mulheres negras. Assim, uma das formas mais cruéis, pelas quais se expressa a solidão da mulher negra, aprofunda-se por meio desse processo no qual os filhos e os maridos (negros, ou seja, pardos e pretos) dessas mulheres têm os seus direitos humanos sociais negados, além de serem cotidianamente perseguidos pelo sistema de justiça penal. A cidade neoliberal, portanto, aprofunda e atualiza os processos de dominação racial no século 21.

8 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Jovem negro vivo*. Disponível em: <https://anistia.org.br/campanhas/jovemnegro-vivo/>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- BALDWIN, James. An Open Letter to My Sister, Angela Y. Davis. In: DAVIS, Angela Y. (ed.). *If They Come in the Morning... Voices of Resistance*. New York: Verso, 2016.
- BENEDITO, Vera Lúcia. Cor e territórios na cartografia das desigualdades urbanas. In: OLIVEIRA, Reinaldo José de (org.). *A cidade e o negro no Brasil: cidadania e território*. 2. ed. São Paulo: Alameda, 2013.
- BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte, MG: Letramento: Justificando, 2018.
- BOULOS, Guilherme. *De que lado você está?* Reflexões sobre a conjuntura política e urbana no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2015.
- CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.
- CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2018.
- CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da violência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2017.
- CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida*. Rio de Janeiro: Ipea, 2017.
- COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. New York: Routledge, 2009.
- COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Intersectionality*. Massachusetts: Polity, 2016.
- COUTINHO, Carlos Nelson. A hegemonia da pequena política. In: OLIVEIRA, F. de; BRAGA, R.; RIZEK, C. (org.). *Hegemonia às avessas*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- DAVIS, Angela Yvonne. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DAVIS, Angela Yvonne. *The Meaning of Freedom*. San Francisco: City Lights Books, 2012.

- DAVIS, Mike. *Planeta favela*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. *A crise do neoliberalismo*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2005.
- FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: Edufba, 2008.
- FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. São Paulo: Global, 2007.
- FERREIRA, Renato. Dez anos de promoção da igualdade racial: balanços e desafios. In: SADER, Emir (org.). *10 Anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. São Paulo, SP: Boitempo; Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2013.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GONZALES, Léila. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje*, Anpocs, p. 223-244, 1984. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5509709/mod_resource/content/0/06%20-%20GONZALES%2C%20L%C3%A9lia%20-%20Racismo_e_Sexismo_na_Cultura_Brasileira%20%281%29.pdf.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.
- HALL, Stuart. *Cultura e representação*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Apicuri, 2016.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 23 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012a.
- HARVEY, David. Geografia. In: BOTTOMORE, T. (ed.). *Dicionário do pensamento marxista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012b.
- HARVEY, David. *17 contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- HOOKS, bell. *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*. New York: Routledge, 2015.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios/IBGE*. v. 21 (1999). Rio de Janeiro: IBGE, 2000.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Características Étnico-Raciais da População: um estudo das categorias de classificação de cor ou raça*. Rio de Janeiro: IBGE, 2008
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo demográfico 2010: resultados gerais da amostra*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Resultados_Gerais_da_Amostra/Microdados/. Acesso em: 29 ago. 2021.
- INSTITUTO ETHOS. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*. São Paulo: Instituto Ethos, 2010.
- IPEA. *Atlas da violência mapeia os homicídios no Brasil*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253. Acesso em: 1º jul. 2017.
- JAIME, Pedro. *Executivos negros: racismo e diversidade no mundo empresarial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2016.
- LENIN, Vladimir I. *Imperialismo, estágio superior do capitalismo: ensaio popular*. São Paulo: Expressão Popular, 2012.
- MARICATO, Ermínia. *Habitação e cidade*. São Paulo: Atual, 1997.
- MARICATO, Ermínia. *Para entender a crise urbana*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte*. São Paulo: N-1 Edições, 2018.
- MOLINA, Sandra Cordeiro. Raça, direito e políticas públicas para a promoção da igualdade racial no Brasil: alguns apontamentos. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORSE, Richard M. O multiverso da identidade latino-americana, c. 1920-c. 1970. In: BETHELL, Leslie (org.). *História da América Latina: a América Latina após 1930: ideias, cultura e sociedade*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011. V. III.
- OLIVEIRA, Fábio Nogueira de. Políticas públicas e promoção da igualdade racial – elementos para um balanço dos governos Lula e Dilma. In: MARINGONI, Gilberto; MEDEIROS, Juliano (org.). *Cinco mil dias: o Brasil na era do lulismo*. São Paulo: Boitempo; Fundação Lauro Campos, 2017.

- ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SANTOS, Cristiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 7. ed. São Paulo: São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.
- SANTOS, Renato Emerson dos. Sobre espacialidades das relações raciais: raça, racialidade e racismo no espaço urbano. In: SANTOS, Renato Emerson dos. *Questões urbanas e racismo*. Petrópolis, RJ: DP et ali; Brasília, DF: ABPN, 2012.
- SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à lava jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.
- SOZZO, M. Postneoliberalismo y Penalidad en América del Sur: a Modo de Introducción. In: SOZZO, M. (org.). *Postneoliberalismo y Penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: Clacso, 2016.
- STOREY, John. *Teoria cultural e cultura popular: uma introdução*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.
- TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003.
- VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WACQUANT, Loïc. *Les Prisons de la Misère*. Paris: Raisons d'Agir, 2015.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.11006>

A CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL E A OFENSIVA POPULISTA: o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Flávia Piovesan

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo/SP, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/1701611968664709>.
<https://orcid.org/0000-0001-9441-8376>. fpiovesan@hotmail.com

Gabriel Pinho Brochado

Autor correspondente. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). <http://lattes.cnpq.br/1947856800251635>.
<https://orcid.org/0000-0001-8972-6614>. gabrielpinhob@gmail.com

RESUMO

Objetiva este artigo focar a crise da democracia liberal com a ascensão de movimentos populistas e o seu risco democrático, sob a perspectiva do sistema interamericano. Para tanto, foram analisados três julgados emblemáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, identificando dois importantes aspectos: a tendência populista em atacar a independência judicial e o princípio da separação de Poderes; e a essencialidade da atuação conjunta dos atores institucionais internos e internacionais para a necessária proteção dos princípios básicos democráticos, considerando, sobretudo, o impacto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: democracia liberal; populismo; sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

THE CRISIS OF LIBERAL DEMOCRACY AND THE POPULIST OFFENSIVE: THE IMPACT OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

This article aims to approach the crisis of liberal democracy with the rise of populist movements and their risk for democracy, from the perspective of the inter-american system. For this purpose, we analyzed three judgments of the Inter-American Court of Human Rights, identifying two important aspects: the populist tendency to attack judicial independence and the principle of separation of powers; and the essentiality of joint action by internal and international institutional actors in the protection of basic democratic principles, considering the impact of the Inter-American System of Human Rights.

Keywords: liberal democracy; populism; inter-american system of human rights.

Recebido em: 24/6/2020

Aceito em: 1º/2/2021

1 INTRODUÇÃO

Há uma perigosa tendência que ronda a América Latina – o populismo. Iniciamos este texto ressaltando este movimento político que disparou por todo o globo, sobretudo no decorrer do século 21. A crise da democracia liberal, mais do que um momento que faz refletir sobre os verdadeiros significados de democracia e de liberalismo, representa um novo marco político na história da humanidade.

Até então inquestionável, a democracia liberal era vista com bons olhos pela ampla maioria dos cidadãos, que enxergavam esse modelo de democracia como inacabado, mas como o único possível para o bom desenvolvimento da sociedade e suas forças produtivas. A memorável frase proferida por Winston Churchill durante o seu discurso na Câmara dos Comuns, em 1947, “a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais”, já não é tão inquestionável na mente dos indivíduos.

Teorias políticas à parte, a crise de legitimidade do atual sistema político, em âmbito mundial, tem fomentado um pensamento que questiona os clássicos modelos de sistemas político-econômicos. Sem ser necessariamente atrelado às tradicionais tipologias políticas binárias “esquerda e direita”, o fenômeno do populismo é reflexo de uma democracia liberal já não mais unânime mundialmente. O que alguns estudiosos costumam denominar como democracia iliberal, entretanto, é alvo de questionamentos por parte da doutrina, uma vez que não seria possível denominar como democrático um sistema que desfigura os traços democráticos, escancarando apenas o aspecto iliberal.

Paralelamente, o desenvolvimento do autoritarismo pelas vias democráticas implica uma séria ameaça aos direitos humanos conquistados historicamente pela sociedade no plano internacional. Não é difícil constatar direitos civis sendo limitados e restringidos, tais como o direito à liberdade de expressão, o direito à manifestação e o direito à livre-associação. Nesse terreno, por seu próprio fundamento, as Comissões e Cortes internacionais de direitos humanos também se tornam alvo de governos populistas.

Desse modo, o que se objetiva com este artigo é compreender como a crise de representatividade das instituições do Estado Democrático de Direito possibilita e estimula o desenvolvimento de movimentos, partidos e lideranças populistas, especialmente no eixo Sul global, e como esse evento político desafia os direitos humanos, com ênfase no impacto do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, realçando a integridade e a legitimidade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, em um primeiro momento, buscamos contextualizar brevemente o cenário de crise da democracia liberal. Este cenário é compreendido enquanto expressão da crise econômica que avançou sob o sistema econômico globalizado, bem como da perda de legitimidade das instituições democráticas, especialmente representativas.

É a partir desse marco contextual que, aqui, se ambiciona conceituar laconicamente esse perigoso fenômeno que renasce com novas características no século 21. Como surge? Quais são as suas principais características? Como os populistas ameaçam os direitos humanos e os atores internacionais de proteção?

Por fim, o artigo busca analisar a responsabilidade dos atores internacionais objetivando identificar como eles atuam e podem atuar ante a esses ataques. Nesse ponto, propomos

identificar esses atores como de extrema relevância no cenário de proteção e combate aos ataques da política populista, sendo de absoluta importância a atuação conjunta dos atores nacionais e internacionais na proteção da democracia institucional. Neste sentido, qual tem sido o impacto do sistema interamericano na salvaguarda dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região?

São estas as questões centrais que inspiram o presente artigo.

2 A CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL

A democracia apresentava-se enquanto um sistema preferível de governo, ainda que imperfeito e inabalado. Era comum identificar os discursos de que esse era o único sistema possível, o mais avançado e aceito pela sociedade. O que se observa, entretanto, é uma tendência justamente oposta: os governados enxergam-se cada vez mais distantes dos governantes; as instituições já não os representam e não dão respostas imediatas aos seus anseios.

No Brasil, o aumento de R\$ 0,20 no preço da passagem de ônibus em diferentes cidades do país – inicialmente em São Paulo, posteriormente por quase todos os grandes municípios – desencadeou as maiores manifestações de massas desde o *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor. “Não são só por R\$ 0,20” – entoavam os manifestantes em 2013 em referência ao aumento nas tarifas –, mas, sim, por toda a desigualdade social. Eram correntes os cartazes que exigiam educação, saúde e transporte de qualidade – ou padrão Fifa, em referência à Copa do Mundo realizada no país no ano seguinte.

As Jornadas de Junho de 2013 – alcunha como ficou conhecida a série de manifestações que assolaram o Brasil naquele ano – levaram milhões de jovens e trabalhadores às ruas pelo país inteiro, escancarando a insatisfação popular e a truculência policial.

Seguindo a linha defendida por Manuel Castells, o que se percebe de todo esse processo é uma crise muito mais profunda e ampla do que as que já foram observadas nas últimas décadas: é “a ruptura da relação entre governantes e governados” (CASTELLS, 2018, p. 7). A ruptura nada mais é do que a crise de legitimidade política-institucional. Acima de todas as outras, a crise da democracia liberal revela um descontentamento com as instituições e os seus representantes, ou seja, é fruto de várias crises que, conjuntamente, refletem um único denominador comum: a democracia liberal.

Faz-se necessário, neste aspecto, estabelecer quais são os conceitos adotados para a compreensão da democracia liberal e sua atual crise. O cientista político alemão Yascha Mounk, em sua obra *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*, estabelece um conjunto de definições que contribui para a abordagem desses elementos. Inicialmente, Mounk explica que “a democracia é um conjunto de instituições eleitorais com poder de lei que traduz as opiniões do povo em políticas públicas” (2019, p. 44). Logo, a democracia está diretamente ligada à compreensão de tradução da opinião do povo em política pública por meio das instituições eleitorais. O referido autor continua explicando que “as instituições liberais efetivamente protegem o Estado de direito e garantem os direitos individuais para todos os seus cidadãos” (MOUNK, 2019, p. 44).

A partir das definições utilizadas por Mounk, a democracia liberal é “um sistema político ao mesmo tempo liberal e democrático – um sistema que tanto protege os direitos individuais como traduz a opinião popular em políticas públicas” (2019, p.44).

Retornando ao contexto brasileiro, a promulgação da Emenda Constitucional nº 95, por exemplo, em um cenário no qual os 10% mais ricos ganham 17,6 vezes mais que os 40% mais pobres, concentrando mais de 40% da riqueza nacional¹, em que o desemprego atinge a taxa de 11% no último trimestre de 2019, representando mais de 11 milhões de pessoas, e que o trabalho informal representa mais de 40% da população ocupada², apenas reforçou o descontentamento dos governados com o sistema liberal, especialmente entre aqueles mais atingidos pelas medidas de austeridade, transformando-o num fator nuclear. Na raiz da crise de legitimidade política, o que se encontra em maior evidência é justamente a crise financeira. É a crise econômica, aliada à crise de emprego, que faz aprofundar as desigualdades e ressaltar a necessidade de mudanças institucionais aos olhos dos governados.

Manuel Castells (2018, p. 20) explica que

Foi, na realidade, a crise de um modelo de capitalismo, o capitalismo financeiro global, baseado na interdependência dos mercados mundiais e na utilização de tecnologias digitais para o desenvolvimento de capital virtual especulativo que impôs sua dinâmica de criação artificial de valor à capacidade produtiva da economia de bens e serviços.

O modelo econômico neoliberal fomentou um processo de globalização das economias estatais, gerando uma interdependência dos mercados mundiais. Essa perda generalizada de uma soberania econômica reflete no enfraquecimento da soberania política. Por sua vez, as políticas de austeridade, promovidas pelas grandes potências mundiais, revelam a falácia da ideologia neoliberal que, até então, se comportava de modo a repudiar a intervenção do Estado nos mercados.

A proteção estatal dos grandes empresários e políticos, em razão das emergências sociais, os cortes em direitos sociais e os altos índices de desemprego, canalizam a insatisfação popular em grandes contramovimentos que enxergam na imagem dos governantes os seus inimigos centrais, uma vez que protegem uma minoria populacional que detém a maior parte das riquezas nacionais perante os mais afetados pela crise.³ Nas palavras de Castells (2018, p. 12), “se for rompido o vínculo subjetivo entre o que os cidadãos pensam e querem e as ações daqueles a quem elegemos e pagamos”, o resultado passa a ser justamente o que ele denomina de “crise de legitimidade política”.

A fim de elucidar a questão, Karl Polanyi (*apud* DELLA PORTA, 2019, p. 59), em sua obra *A grande transformação*, descreveu a crise do neoliberalismo em um duplo movimento no

¹ G1. *No Brasil, 10% mais ricos ganham cerca de 17,6 vezes mais que os 40% mais pobres, aponta IBGE*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/05/no-brasil-10-mais-ricos-ganham-cerca-de-176-vezes-mais-que-os-40-mais-pobres-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 6 jan. 2020.

² FIESP. *Desemprego fica em 11% em dezembro, mas ainda atinge 11,6 milhões, diz IBGE*. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/sietex/noticias/desemprego-fica-em-11-em-dezembro-mas-ainda-atinge-116-milhoes-diz-ibge/>. Acesso em: 18 fev. 2020.

³ Mounk destaca que, “Embora a desigualdade global tenha diminuído porque os países pobres têm crescido muito mais rápido do que os ricos, a desigualdade em praticamente todas as sociedades – tanto as economias mais estagnadas do Ocidente afluente como as economias mais dinâmicas do Sul mundial – aumentou de forma visível” (2019, p. 55).

avanço do sistema capitalista: “primeiro a sociedade vivencia um estímulo à mercantilização, seguida pela emergência de contramovimentos que buscam a seguridade social”.

Estes mesmos contramovimentos podem apresentar características distintas. Em muitos cenários vislumbra-se contramovimentos de cunho progressista. São verdadeiros atores sociais que visam à proteção dos direitos sociais afetados pela crise neoliberal. A crise de legitimidade política expressou-se na desconfiança dos diferentes setores da sociedade com as instituições tradicionais do Estado Democrático de Direito, seja porque elas não refletiam as suas vontades e não escutavam os seus anseios, seja porque vislumbravam que as instituições estavam totalmente atreladas aos interesses do grande capital dominante.

Donatella Della Porta argumenta que, embora sejam tomadas pelo enfoque da soberania nacional contra as políticas de austeridade, os contramovimentos progressistas defendiam direitos políticos e sociais como direitos humanos, ou seja, lutavam contra a centralização do poder político e econômico enquanto direitos básicos e imprescindíveis à vida em sociedade. Assim,

Em certo sentido, os protestos contra austeridades eram conservadores, já que pediam a restauração de direitos perdidos e denunciavam veementemente a corrupção da democracia. Porém também olharam para a frente, unindo o interesse por direitos sociais com a expectativa de inclusão cultural (DELLA PORTA, 2019, p. 67).

Esses movimentos não são simplesmente contra a democracia, mas, sim, contra a sua degeneração. As suas experiências, inclusive conforme observa-se das Jornadas de Junho, portanto, questionaram diretamente a democracia representativa, repensando a democracia institucional posta, contribuindo para a elaboração e o desenvolvimento de um modelo democrático participativo e deliberativo.

Ao mesmo tempo, entretanto, que contramovimentos (ou movimentos) podem ser progressistas e respaldados sobre uma visão inclusiva, a crise da democracia liberal pode refletir no surgimento de contramovimentos regressivos, que dão a impressão de estarem lutando em solidariedade aos marginalizados e segregados pelas políticas de austeridade, mas, em verdade, lutam apoiados pela elite econômica e política (DELLA PORTA, 2019, p. 71).

Os contramovimentos regressivos são a faceta mais assombrosa da crise da democracia liberal. Aqui, não se busca lutar contra a degeneração da democracia, mas contra a própria democracia. Esses contramovimentos sustentam-se a partir de uma crise identitária-cultural alavancada pelo processo de globalização. São movimentos pautados pelo atual tripé ultranacionalista contemporâneo: *i.* o nacionalismo xenófobo; *ii.* o nacionalismo cultural; e *iii.* o nacionalismo autoritário. Juntos, os pilares do tripé ultranacionalista contemporâneo convergem em discursos de ódio que reivindicam uma soberania identitária e cultural.

O século 21 está marcado por ser a “era dos radicalismos” *versus* a “sociedade de direitos”. É lançada a tensão entre o globalismo e os localismos ultranacionalistas.

3 A ASCENSÃO DO POPULISMO

A partir da fadiga da democracia liberal, com o avanço de contramovimentos regressivos, o terreno da democracia tornou-se extremamente fértil ao desenvolvimento de líderes que prometem solucionar todos os problemas de crise econômica, crise de representatividade

de e, principalmente, crise identitária-cultural. Isso não é novo. A novidade do atual declínio democrático é que, enquanto em boa parte do século 20 a democracia foi alvo de ataques pela ruptura brusca com a ordem institucional via a tomada armada do poder, com o fim da guerra fria – o que o cientista político Francis Fukuyama denominou de “o fim da história” – os populistas autoritários não usaram mais armas ou tanques de guerra para alcançar o poder: atualmente, a sua ascensão se dá pela via eleitoral. “Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 15).

A ruptura democrática encarada pela via eleitoral fica mais perceptível quando passamos a olhar para as urnas – sobretudo em momentos de crise econômica ou de representatividade – enquanto instrumentos de tradução dos anseios populares. Isto é, em momento eleitoral as urnas transformam-se na voz do povo, que dá a sua opinião sobre os líderes eleitos e suas políticas. Ocorre que as eleições foram transformadas em uma via de saída da própria democracia, ao invés de serem utilizadas como meio de correção e debate político do sistema democrático (APPADURAI, 2019, p. 27-28).

Assim, sob o discurso do tripé ultranacionalista, os movimentos regressivos desenvolvem-se reivindicando um nacionalismo xenófobo, cultural e autoritário, apresentando-se enquanto alternativas à democracia liberal e buscando nas urnas a sua chance de alcançar o poder e pôr em prática o seu programa de ruptura com o sistema democrático.

É perceptível da reivindicação dos contramovimentos regressivos que o populismo emerge com um viés de democracia representativa. O discurso populista é enraizado pela representatividade. A figura do líder populista, ou *leadership*, é imprescindível para a caracterização desse fenômeno. Ao debruçar-se sobre a temática do populismo, no livro *What is Populism?* Jan-Werner Müller (2017) identificou uma série de características comuns que acompanham os diferentes movimentos populistas.

Primeiramente, destaca o autor, o populismo é sempre crítico das elites (MÜLLER, 2017). Ainda que não seja essa uma condição suficiente para classificar um contramovimento (ou movimento)⁴ enquanto populista, essa é uma condição imprescindível. É, entretanto, ainda mais certo que, não obstante eles finjam prestar solidariedade com os 99% da população, os populistas acabam desfrutando do apoio do poderoso 1% restante que já detém o poder político e econômico.

Em segundo lugar, o populismo, além de ser antielitista, é também antipluralista (MÜLLER, 2017). O populismo não aceita outra visão política. O *leadership* é o único e verdadeiro representante dos interesses do povo; o único eivado da verdadeira moral que rege todo o movimento. Logo, não há outra oposição legítima que não a exercida por ele. Até porque, se legítima fosse, faria parte do movimento.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, toda a oposição ao seu governo, quando consegue alcançar o poder institucional, também não é uma oposição legítima, uma vez que qualquer crítica ao movimento populista seria uma crítica ao próprio povo e, por consequência, imoral e ilegítima.

⁴ Nesse cenário, usaremos essas duas palavras enquanto sinônimas. Isso porque, como já ressaltamos anteriormente, indicamos que esses movimentos se tratam, na realidade, de contramovimentos à democracia liberal, ainda que progressivos ou regressivos.

Além disso, Müller explica que esse antipluralismo é sempre moral, o que leva a conceber uma característica identitária do movimento. O populismo é sempre um movimento identitário, embora nem todas as políticas identitárias sejam populistas. Em outras palavras, o *leadership* concebe ao movimento definição sobre quem é o verdadeiro povo e quais são os seus interesses. Nas palavras de Müller (2017), “é esta reivindicação nuclear do populismo: só uma parte do povo é realmente o povo”.

O povo, portanto, é a locomotiva do movimento, mas a sua concepção é moral e infalível, e sendo este povo uma definição moral, apenas uma parte do povo é verdadeiramente o povo, cabendo única e exclusivamente ao populista estabelecer esse recorte, por ser ele o seu único representante.⁵

O cientista político Kenneth Roberts (*apud* DELLA PORTA, 2019, p. 72) explica que “o populismo normalmente envolve a subjetividade popular pelas personalidades dominantes que controlam os canais, ritmos e formas organizacionais da mobilização social”. Vale dizer, o *leadership* é o fio condutor da subjetividade popular, definindo o verdadeiro povo. Então, ainda que o movimento pareça falar em representação dos anseios populares, o que a realidade demonstra, em verdade, é que o discurso do populista é ligado ao vínculo plebiscitário. Trata-se de uma espécie de vínculo plebiscitário invertido à lógica tradicional: não se fala em nome do povo, mas, sim pelo povo.

O *leadership* não está preocupado em democratizar as instituições e dar verdadeiramente “voz”, envolvendo os mais diversos atores sociais no processo decisório: seja porque o povo que ele representa é apenas o povo que ele escolheu representar e que o ostenta de plena moralidade, seja porque a voz do *leadership* é a única verdadeiramente a ecoar pelo movimento.

Appadurai (2019, p. 25), ao tecer uma relação mais simplificada entre os líderes dos atuais regimes populistas autoritários, sustenta que estes têm em comum as seguintes características:

(...) a admissão de que nenhum deles pode de fato controlar a economia de seus países, refém de investidores estrangeiros, acordos globais, finanças transnacionais, mão de obra móvel e capital de modo geral. Todos eles prometem a purificação da cultura nacional como via de poder político global. Todos são simpáticos ao capitalismo neoliberal, cada um com a própria versão de como fazê-lo funcionar (...).

Por sua vez, quando chegam ao poder, enquanto únicos legítimos representantes do povo, do verdadeiro povo, os populistas possuem três maneiras distintas e costumeiras de se comportar: a primeira, é o que Müller (2017) denomina de “colonização do Estado”; a segunda seria o “clientelismo de massas” e “legalismo discriminatório”; e, por fim, a repressão sistemática da sociedade civil.

A primeira medida adotada pelos populistas, denominada colonização do Estado, é materializar um Estado “a sua imagem e semelhança”. Uma vez no poder, o *leadership* busca eliminar todo o tipo de entrave à sua política. Tenta utilizar a própria característica democrática

⁵ “Esse porta-voz do povo é o populista – e ele não se cansa de repetir isso” (MOUNK, 2019, p. 61).

das instituições para conferir legitimidade ao seu governo, ao mesmo tempo em que tenta aparelhar estas instituições com a sua linha política.

No que se refere ao clientelismo de massas e ao “legalismo discriminatório”, a troca de favores entre governante e governados, favores materiais e imateriais, seria realizada “abertamente e com uma justificação moral pública, visto que para eles [os populistas] apenas alguns membros do povo são realmente o povo e mercedores portanto do apoio do que é, por direito próprio, o seu Estado” (MÜLLER, 2017). O mesmo entendimento aplica-se ao legalismo discriminatório, posto que nesse movimento apenas o verdadeiro povo pode desfrutar da proteção das leis.

Em relação à repressão sistemática da sociedade civil, conforme explica Appadurai (2019, p. 25), os populistas “buscam converter poder brando em poder coercitivo. E nenhum deles tem restrições quanto a reprimir minorias e dissidentes, abafar a liberdade de expressão ou usar as leis para sufocar os oponentes”. Nesse aspecto, o fenômeno do populismo merece ainda mais atenção. É o que Mounk (2019, p. 65) defende como “a guerra contra as instituições independentes”. Ao constatarem que essas instituições independentes têm legitimidade de representação sob diferentes segmentos da sociedade, os populistas tendem a se sentir ameaçados – afinal, eles [os populistas] são os únicos representantes do povo, o legítimo porta-voz dos seus interesses e de suas opiniões. Logo,

Diante da pretensão populista de ser a única representante da vontade popular, a política logo se torna uma luta existencial entre o povo real e seus inimigos. (...) Com o tempo, passam a considerar toda voz dissonante como traição e concluem que qualquer instituição que fique em seu caminho é uma deturpação ilegítima da vontade do povo. Ambas precisam ser erradicadas. Resta apenas o capricho do populista (MOUNK, 2019, p. 66).

O modo autoritário como os populistas tendem a exercer o seu governo levanta a discussão quanto à natureza do populismo. Muitos estudiosos afirmam que o populismo é uma democracia iliberal. Sustentam que, uma vez que praticam as eleições periodicamente, seriam democracias, ainda que não observem direitos humanos (repressão sistemática da sociedade civil) ou o próprio sistema de freios e contrapesos (colonialismo de Estado).

Mounk (2019), por exemplo, explica que é necessário admitir traços democráticos nos movimentos populistas: “(...) os populistas de hoje alegam que estão procurando aprofundar os elementos democráticos de nosso atual sistema. Isso é importante” (p. 73), destaca o autor; e afirma: “Longe de querer abolir a democracia, eles estão impacientes para ver a vontade popular remodelar o país à sua imagem” (p. 54).

A própria prática dos seus três modos de governo, em nossa visão, entretanto, já afasta o conceito de democracia. Esse ânimo democrático, que supostamente os populistas levam, na realidade é o ânimo democrático do próprio *leadership*, único porta-voz do povo, do seu povo. Alinhamo-nos à visão de Jan-Werner Müller ao defender que o populismo não é uma democracia iliberal. Pelo contrário, o populismo distorce o processo democrático; ele danifica a própria democracia. Nesse sentido, Müller (2017) esclarece que

O jogo está viciado, mas não é impossível – ainda – ganhar uma eleição na base da crítica dos populistas no poder. Talvez, então, uma designação como “democracia defeituosa” fosse mais apropriada.

Em contexto de “democracia defeituosa”, não são poucos os ataques aos direitos humanos praticados pelos populistas ao “não povo”. É muito mais fácil atuar no ataque aos direitos quando não há liberdade de expressão para denunciá-los. A censura aos meios de comunicação, diminuindo a liberdade de imprensa, é medida que se demonstra importante para a prática do projeto populista. Afinal, o maior empecilho enfrentado pelo *leadership* na instituição de suas políticas é justamente a transparência e o conhecimento científico, que não possuem condições de enfrentar os questionamentos por meio da argumentação ou do debate, recolhendo-se ao plano do seu poder institucional e do apoio popular.

Então, seja por meio da repressão ou por intermédio da censura, as liberdades individuais emergem como direitos constantemente atacados pelos *leaderships*. Inclusive, Levitsky e Ziblatt (2018), baseados no trabalho elaborado pelo cientista político Juan Linz, desenvolveram um conjunto de sinais de alerta que podem contribuir na identificação de um regime populista autoritário. Em um deles, os autores defendem que os regimes populistas têm propensão a restringir as liberdades civis de oponentes, inclusive a dos meios de comunicação. Expressam, então, os seguintes questionamentos:

Apoiaram leis ou políticas que restrinjam liberdades civis, como expansões de leis de calúnia e difamação ou leis que restrinjam protestos e críticas ao governo ou certas organizações cívicas ou políticas?

Ameaçaram tomar medidas legais ou outras ações punitivas contra seus críticos em partidos rivais, na sociedade civil ou na mídia?

Elogiaram medidas repressivas tomadas por outros governos, tanto no passado quanto em outros lugares do mundo? (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33).

São questionamentos que expõem traços autoritários dos pensamentos do populista. Não restam dúvidas que em governos populistas os direitos humanos são fragilizados, alvos de fortes ataques e merecem as devidas preocupações pelos agentes democráticos. Nesse sentido, cabe ressaltar que a ofensiva se volta tanto aos atores internos quanto, também, aos atores internacionais que atuam na proteção de direitos humanos.

No âmbito nacional, por exemplo, é comum presenciar investidas contra a autonomia da Corte Constitucional nacional. A colonização do Estado pode passar pelo aumento do número de ministros, a fim de se ter uma maioria na Corte, ou pela própria aposentadoria compulsória dos ministros mais progressistas e contrários ao regime populista. Até mesmo o descumprimento das decisões emitidas pela Corte Constitucional, deslegitimando a competência do Poder Judiciário, é um ataque que, mais do que uma simples guerra entre Poderes, representa uma verdadeira ruptura com o princípio da separação dos Poderes e com o sistema de pesos e contrapesos.

No plano internacional – no qual, aqui, buscamos nos ater – a ofensiva é contra os atores que fiscalizam a proteção dos direitos humanos. O *leadership*, quando verifica que os agentes do sistema internacional de proteção dos direitos humanos são contrários aos seus interesses, com uma atuação crítica e contrária aos seus atos, usa a pauta identitária para

classificá-los como inimigos, contrários aos verdadeiros interesses do povo (leia-se, mais uma vez, interesses do populista). Os populistas tentam desqualificá-los, acusando-os de não serem verdadeiramente democráticos, mas, sim de atuarem como instrumento de vontade dos demais países contrários à nação.

Seguindo a mesma lógica, a denúncia de tratados internacionais e o descumprimento das decisões das Cortes Internacionais também são atitudes costumeiras dos *leaderships*, assegurando o seu poder e blindando as violações dos direitos humanos contra o não povo para que não sejam alvo de questionamentos pela comunidade internacional.

Como forma de proteção da democracia, um dos pontos centrais é justamente a identificação e o fortalecimento dos atores internacionais de proteção dos direitos humanos. A criação de mecanismos de proteção internacional possibilita um controle maior de órgãos externos relativamente à atuação desmedida do populista. Ao estabelecer um sistema protetivo independente e autônomo, que não se submete às ingerências de países, a comunidade internacional fortalece o ambiente democrático interno e externo em contrapartida a interesses alheios ao Estado Democrático de Direito, decorrentes da ascensão populista e de todos seus temerários impactos.

4 O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A fim de compreender a prática dos atores internacionais e como reagem os populistas diante de sua atuação, voltamo-nos ao funcionamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

A Convenção Americana é considerada o instrumento de maior importância no sistema interamericano para proteção dos direitos humanos. Os dois principais órgãos de proteção previstos pela Convenção são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambos os órgãos são compostos por sete membros, todos eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da Organização, nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial dos artigos 37 e 53.

A CIDH tem por principal função a promoção da observância e da proteção dos direitos humanos nas Américas. Desse modo, é competência da Comissão a realização de recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas para a proteção dos direitos humanos. Ainda, compete à CIDH elaborar estudos e relatórios que se mostrem necessários ao desempenho de suas atividades, e solicitar aos governos as informações que sejam relativas às medidas por eles adotadas quanto à aplicação da Convenção, submetendo um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Na mesma linha, também compete à Comissão examinar as comunicações encaminhadas por indivíduos ou grupos, até mesmo de organizações não governamentais (ONG), que contenham denúncias de violação a direitos protegidos pela Convenção Americana.

No que diz respeito à Corte Interamericana de Direitos Humanos, constitui o órgão jurisdicional do sistema interamericano de direitos humanos dotado de competências consultiva e contenciosa. A competência consultiva compreende aquela relativa à interpretação dos próprios dispositivos da Convenção Americana e de outros instrumentos internacionais. Por

outro lado, quanto à competência contenciosa, trata-se exclusivamente do caráter jurisdicional da Corte, referindo-se ao julgamento das controvérsias envolvendo violação a direito ou liberdade previstos pela Convenção.

Note-se que, diversamente do sistema europeu, apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso a julgamento pela Corte Interamericana, podendo os parentes ou representantes das vítimas tão somente submeter de forma autônoma as suas solicitações, os seus argumentos e as provas à Corte.

Importa ressaltar que a decisão emanada pela Corte tem força jurídica vinculante aos Estados-partes, devendo estes aplicar de imediato o seu conteúdo, dando efetivo cumprimento ao decidido. Em outras palavras, “se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos e relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado” (PIOVESAN, 2019, p. 157).

Ademais, como explica Lois B. Sohn (*apud* PIOVESAN, 2019, p. 157),

A Convenção Americana de Direitos Humanos também contém cláusulas opcionais, pelas quais um Estado-parte pode aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com respeito a todas as questões relacionadas à interpretação ou aplicação da Convenção. Uma vez que esta jurisdição tenha sido aceita por um Estado-parte, um caso pode ser submetido à Corte, seja pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, seja por um outro Estado-parte. Adicionalmente, a Corte tem ampla jurisdição para apresentar opiniões consultivas a pedido de qualquer Estado membro da Organização dos Estados Americanos ou de qualquer órgão daquela Organização.

Observa-se que, em razão da sua competência institucional, o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é essencial para impedir qualquer tipo de ofensiva contra os direitos consagrados na Convenção Americana, sendo dever dos Estados respeitar a autonomia de atuação da Comissão e da Corte Interamericana para o adequado funcionamento de todo o sistema.

As ameaças populistas ao desempenho dos órgãos da Convenção Americana, além de representarem uma ofensa ao próprio tratado, legitimam a atuação agressiva do *leadership* ante a qualquer pacto anteriormente firmado, assim como a investida perante direitos previstos pelo ordenamento jurídico interno e externo. Invocar investidas em sentido oposto ao funcionamento dos órgãos da Convenção é verdadeira ameaça à estrutura jurídica e política do Estado Democrático de Direito. Desse modo, o reconhecimento da legitimidade e competência dos Tribunais Internacionais é medida que possibilita a autoproteção em uma relação de via dupla: dos Tribunais Internacionais em proteção aos Tribunais internos e estes em proteção daqueles, reconhecendo a sua jurisdição.

5 IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ANTE OS ATAQUES POPULISTAS

Assegurar o livre-exercício do sistema interamericano é importante e necessário para a proteção dos direitos humanos nas Américas. Ao acolher a tese de que há o funcionamento de uma relação recíproca em que se reconhece as limitações mútuas dos atores domésticos e internacionais, faz-se possível salvaguardar direitos diante dos riscos de retrocessos sociais e institucionais gerados pelo populismo.

Como visto, a Corte Interamericana empreende duas funções fundamentais no plano internacional: a primeira é o papel consultivo, ou preventivo, servindo como base para a atuação dos Estados-membros da Convenção em seu plano interno, estabelecendo uma visão autorizada ante os dispositivos controvertidos; a segunda é justamente o papel repressivo, fruto da competência contenciosa da Corte, fundando-se no julgamento das controvérsias com a devida condenação aos Estados que violaram os dispositivos da Convenção.

Transita-se, assim, ao estudo de três casos emblemáticos selecionados que marcaram a atuação da Corte Interamericana na proteção das instituições e consolidação do Estado de Direito diante das ofensivas populistas antidemocráticas.

5.1 Tribunal Constitucional vs. Peru (2001)

Julgado em 31 de janeiro de 2001, este caso diz respeito à destituição de três magistrados, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry e Delia Revoredo Marsano, do Tribunal Constitucional do Peru. Tratou-se da aplicação de uma sanção por parte do Poder Legislativo em um contexto de *impeachment*.

Um elemento importante dessa decisão diz respeito à tentativa de deslegitimação empregada pelo governo peruano perante a Corte Interamericana. O Peru é Estado-parte da Convenção desde 28 de julho de 1978, expressando o reconhecimento da competência contenciosa da Corte em 21 de janeiro de 1981 (IDH, 2001, par. 3). O Estado do Peru, entretanto, não apresentou nenhuma defesa nos autos, muito menos compareceu à instância em que foi citado. Em verdade, houve a tentativa do Estado de retirar a jurisdição contenciosa da Corte, ainda que sem denunciar a adesão à Convenção. A retirada foi uma evidente retaliação à interferência no plano jurídico interno do país, uma manobra para afastar a competência da Corte e evitar a apreciação do caso.

A Corte, por outro lado, declarou inadmissível a suposta retirada da jurisdição contenciosa por parte do Estado do Peru (IDH, 2001, par. 58), tendo em vista que “um Estado não pode privar um tribunal internacional, mediante ato unilateral, da competência que tenha assumido previamente” (IDH, 2001, par. 20), complementando que, além de não haver previsão na Convenção Americana, a retirada da jurisdição contenciosa da Corte deveria ter sido requerida por notificação prévia de um ano, em respeito à segurança e estabilidade jurídicas (IDH, 2001, par. 20).

Ainda, a Corte Interamericana reconheceu que o respeito aos direitos humanos constitui um limite à atividade estatal, sendo ilegal qualquer forma de exercício de poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção Americana (IDH, 2001, par. 67). O próprio processo de *impeachment*, ainda que não seja um juízo judicial, mas, sim, político, é contemplado pela previsão das “Garantias Judiciais” contidas no artigo 8º da Convenção, de modo que toda a pessoa que for sujeita a um juízo de qualquer natureza ante um órgão estatal deverá contar com a observância de todas as garantias judiciais, mais precisamente que o órgão seja competente, independente e imparcial e que atue nos termos do procedimento legalmente previsto para o conhecimento e solução do caso (IDH, 2001, par. 77).

Ao reconhecer que o procedimento de *impeachment* ao qual foram submetidos os magistrados destituídos não assegurou a estes as garantias do devido processo legal e da imparcialidade do julgador, a Corte considerou que houve a violação pelo Estado do Peru às garantias judiciais das vítimas.

De fundo, um dos pontos relevantes dessa decisão é o reconhecimento da independência dos magistrados constitucionais enquanto um dos principais componentes do princípio da separação dos Poderes, conferindo proteção e independência ao Judiciário, especialmente ao Tribunal Constitucional, fortalecendo as instituições internas e consolidando o Estado Democrático de Direito.

5.2 Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011)

O caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela foi julgado em 1º de julho de 2011. Trata-se da destituição arbitrária de Mercedes Chocrón Chocrón, juíza de Primeira Instância Penal da Circunscrição Judicial da Área Metropolitana de Caracas, em ausência de garantias mínimas do devido processo legal, sem a devida motivação, em expressa violação aos direitos consagrados nos artigos 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana (IDH, 2011, par. 1-2).

No que se refere ao aspecto da independência judicial, a Corte reforçou o entendimento de que o Tribunal não é competente para definir qual o arranjo institucional mais adequado para a garantia da independência judicial. A sua competência contenciosa é restrita à análise do caso concreto em si, em que se teve a aplicação de um desenho institucional específico, verificando se ocorreram violações aos dispositivos da Convenção Americana e, em caso positivo, determinando quais são as reparações cabíveis (IDH, 2011, par. 95).

Desse modo, o alcance das garantias judiciais e da efetiva proteção judicial, no que diz respeito aos magistrados, à luz do entendimento da Corte, deve ser acompanhado com a observância do princípio da independência judicial. Sendo a independência judicial um dos objetivos principais do princípio da separação dos Poderes, a Corte reconheceu que a proteção judicial é necessária para que os integrantes do Poder Judicial não sejam acometidos por restrições indevidas em razão do exercício de suas funções por órgãos adversos, sendo este elemento basilar para a segurança do Estado Democrático de Direito (IDH, 2011, par. 97).

Ainda, seguindo a jurisprudência da própria Corte, em conformidade com os Princípios Básicos das Nações Unidas relativos à independência judicial, foram destacados três princípios essenciais para o fortalecimento das instituições judiciais e, em consequência, do Estado Democrático: a) um processo adequado de nomeação; b) a imobilidade no cargo; e c) a garantia contra pressões externas (IDH, 2011, par. 98).

Uma vez violados os dispositivos da Convenção Americana, a Corte determinou que o Estado Venezuelano incorporasse novamente a juíza a um cargo similar ao que ela desempenhava, com a mesma remuneração, benefícios e nível. Ainda mais importante, fixou o entendimento de que toda e qualquer interpretação judicial realizada pelo Estado sobre as garantias judiciais e demais direitos dos magistrados deverá ser realizada à luz da independência judicial e os seus princípios norteadores (IDH, 2011, par. 172).

5.3 Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador (2013)

A sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 28 de agosto de 2013, refere-se à destituição arbitrária de oito membros do Tribunal Constitucional do Equador, mediante resolução do Congresso Nacional de 25 de novembro de 2004 (IDH, 2013, par. 1).

Este *leading case* aprofundou e reforçou o entendimento da Corte Interamericana sobre a independência judicial. Ao considerar que o Estado do Equador é responsável pelos danos decorrentes da destituição arbitrária, a Corte reconheceu que o Equador tem responsabilidade quanto aos efeitos danosos ao exercício da função judicial, independência judicial e garantia da imparcialidade. Esse caso foi importante para o aprimoramento das normas sobre independência judicial, aspectos institucionais da separação dos Poderes e democracia.

Conforme apontado na sentença, a “reorganização” dos Tribunais Superiores, com nomeação de magistrados próximos ao governo e a destituição de membros contrários, ocorreu em meio à situação política de instabilidade presenciada no Equador, que, anteriormente, implicou remoção de vários presidentes e constantes modificações do texto constitucional com o objetivo de sanar a crise política. A “reorganização” teria objetivado afastar a jurisdição da Suprema Corte do Equador para anular os julgamentos criminais ante o ex-presidente Abdalá Bucaram (IDH, 2013, par. 211).

Uma vez, portanto, que os membros do Tribunal Constitucional foram destituídos a partir de uma resolução do Congresso Nacional, que não tinha competência para tanto, ou seja, mediante uma decisão sem qualquer sustento normativo, seguiu-se à ingerência do Poder Legislativo sob o Poder Judicial, desviando o poder deste último a fim de se obter o controle da função judicial por meio de diferentes procedimentos, como a destituição e os julgamentos políticos (IDH, 2013, par. 219).

Considerando que a imparcialidade judicial exige o reconhecimento das garantias judiciais, a inobservância dos elementos essenciais da democracia representativa, como o respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais, bem como o descumprimento do princípio da separação e independência dos Poderes, estaria a implicar em verdadeira desestabilização da ordem democrática. Nesse sentido, a Corte concluiu que

a destituição de todos os membros do Tribunal Constitucional implicou uma desestabilização da ordem democrática existente nesse momento no Equador, pois houve uma ruptura na separação e independência dos poderes públicos quando foi feito um ataque às três altas Cortes do Equador na época (IDH, 2013, par. 221).

Desse modo, a Corte desempenhou papel fundamental para a proteção do Estado Democrático.

O desafio que se extrai dos casos relacionados é justamente o fortalecimento e a proteção das instituições do Estado Democrático de Direito, particularmente no que diz respeito ao acesso à justiça no sistema de proteção judicial e na independência do Poder do Judiciário, respeitando a separação e a independência entre os Poderes.

6 CONCLUSÕES

A crise da democracia liberal é reflexo da perda da legitimidade política das instituições representativas do Estado Democrático. Decorre de um processo avançado de deterioração da representação política acentuada pelo aprofundamento da crise econômica.

Como visto, a democracia liberal, um sistema político liberal e democrático, entendido enquanto o conjunto das instituições democráticas que transformam a vontade popular em políticas públicas e que protegem os direitos fundamentais dos indivíduos, possibilita a ascen-

são pela via eleitoral de contramovimentos que questionam os seus próprios valores e fundamentos. A atualidade demonstra que as democracias são ameaçadas em seu próprio jogo eleitoral. Democracias também morrem pelas urnas.

Nesse cenário, em que pese seja possível o desenvolvimento de contramovimentos progressistas que defendem direitos políticos e sociais como direitos humanos, lutando contra a centralização política e econômica, fomentada pela crise da democracia liberal e pelo terreno fertilizado pela insegurança e medo popular, alimentada pelo aumento do desemprego, da desigualdade econômica-social e do fluxo migratório, também faz propagar o ideário dos contramovimentos populistas.

O processo de globalização das economias estatais e a interdependência dos mercados mundiais evidenciam a flexibilização da soberania estatal. Com isso, emergem-se as crises identitárias, favorecendo o fortalecimento de movimentos nacionalistas que lutam não contra a degeneração da democracia, mas, sim, no combate à sua existência. A globalização, aliada à crise econômica, escancarou o tripé ultranacionalista desses contramovimentos: o nacionalismo xenófobo, que se apresenta contra o não nacional, culminando na criminalização dos migrantes; o nacionalismo cultural, radioativo às identidades externas, aos costumes e às diferenças étnicas e regionais; e, por fim, o nacionalismo autoritário, refletido no repúdio aos supostos inimigos da soberania nacional.

Na “era dos radicalismos”, os populistas apresentam as suas armas com mais facilidade. Falando em nome do povo, pelo povo e para o povo, o populista tem como suposto objetivo dar fim a todas as mazelas econômicas e sociais que afligem os nacionais, sem a intermediação das instituições – mas não quaisquer nacionais, uma vez que são os “verdadeiros” nacionais, aqueles que estão ao seu lado, os únicos identificados enquanto povo. São, portanto, antipluralistas. As únicas visões políticas aceitas são as suas. Todos os atos do populista são para o “bem do povo”; ele sabe o que querem e como querem. O *leadership* tem, em sua clareza pessoal, que a oposição é naturalmente contrária aos interesses populares pelo simples fato de ser oposição. A verdadeira e exclusiva moral é a sua; o único representante dessa moral é ele mesmo. Não há identitarismo maior que esse. É o populista “contra tudo o que está aí”, e quem não concorda é inimigo.

Outro traço comum entre os populistas é o falacioso discurso de ódio às elites econômicas. “Somos antielitistas, antiestablishment”, dizem os populistas. Nas entranhas desse discurso, todavia, esconde-se uma das condições necessárias para que o populista tenha chegado ao poder: o apoio do poderoso 1% da população, que já detém o poder político e econômico, mas que utiliza do populista para impulsionar e defender, ainda que implicitamente, os seus interesses.

As características dos movimentos populistas desembocam em medidas de enfrentamento às instituições democráticas. Tenta-se colonizar o Estado, eliminando qualquer empecilho na aplicação e no desenvolvimento de suas políticas. Uma das formas de concretizar essa colonização é justamente por meio do “clientelismo de massas”, efetivando trocas de favores materiais e imateriais entre os governantes e governados, possibilitando a execução, sem questionamentos ou com pouca visibilidade dessas críticas, dos métodos mais danosos dos populistas, identificados como “legalismo discriminatório”. À luz do legalismo discriminatório o não povo é reprimido e tem os seus direitos restringidos ou cortados. Converte-se o

poder à coercibilidade, reprimindo minorias e opositoristas com ataques às suas liberdades individuais e garantias democráticas.

Em tempos de democracia imperfeita, os primeiros ataques focam-se nos diferentes atores sociais. Os meios de comunicação, sobretudo, são alvos constantes de críticas pelos populistas. Tentam deslegitimá-los, desacreditar as suas informações e sufocar o seu alcance popular. A independência da mídia é prejudicial aos autocratas que usam das ferramentas do próprio sistema político para permanecer no cargo e instituir suas políticas. É vital para a manutenção de qualquer regime democrático a independência midiática. Por isso, esse será o primeiro ataque do populista.

Não obstante, os ataques não se limitam aos atores sociais. Outro alvo estratégico do populista são os Poderes que fiscalizam os seus próprios atos – e sobretudo quando se trata de um poder não representativo, mas contramajoritário. O Poder Judiciário é um alvo permanente dos populistas. Aumento ou diminuição do número de magistrados, aposentadoria compulsória, destituição do cargo etc., são diversas formas de ataques. A democracia se esfa-lece, o autoritarismo se expande.

A partir do pós-Segunda Guerra, porém, com a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos, a comunidade internacional tornou-se muito mais vigilante. Atores internacionais também se tornaram preocupações dos autocratas. No contexto Sul Global, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos mostra-se essencial na garantia da ordem democrática e dos direitos fundamentais. Os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstram que o fortalecimento da democracia passa necessariamente pela garantia da independência judicial, do princípio da separação dos Poderes e das garantias judiciais previstas na Convenção Americana.

No caso *Tribunal Constitucional vs. Peru* (2001), a Corte considerou que o alcance das garantias judiciais deve ser respeitado independentemente da natureza do processo ao qual o indivíduo está sendo submetido. Especificamente em relação aos magistrados, a observância das garantias judiciais é elemento central na constituição da independência judicial. Qualquer restrição ao exercício do cargo dos integrantes do Poder Judicial é afrontosa ao princípio da separação dos Poderes, de modo que, conforme amplamente foi reconhecido no caso *Chocrón vs. Venezuela* (2011), para que seja assegurada a independência judicial o Estado deverá garantir um processo adequado de nomeação, a imobilidade no cargo e a garantia contra pressões externas aos magistrados. De igual modo, a destituição de membros de um Tribunal Constitucional, à luz do caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador* (2013), de modo arbitrário e em inobservância dos preceitos já relatados, representa uma tentativa de desestabilização da ordem democrática, rompendo com a separação e independência entre os três Poderes.

Estes casos emblemáticos permitem compreender o relevante impacto do sistema interamericano e sua extraordinária contribuição para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região, ao impor limites à atuação arbitrária e abusiva de atores populistas, que compromete a observância de direitos humanos e a própria institucionalidade democrática.

A salvaguarda dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito como plataforma de resistência aos regimes populistas, demanda a atuação de diversos atores sociais nacionais e internacionais comprometidos com os ideários democráticos.

Afinal, como advertem Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 217): “Nenhum líder político isoladamente pode acabar com a democracia; nenhum líder sozinho pode resgatar uma democracia, tampouco. A democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós”.

7 REFERÊNCIAS

APPADURAI, Arjun. Fadiga da democracia. Trad. Débora Landsberg. In: APPADURAI, Arjun *et al.* *A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los*. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2019. p. 19-35.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Populismo. In: *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* Coord. trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 980-986. Vol. 1.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. Joana Angélica d’Avila Melo. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 1º de julho de 2011. Série C Nº 227.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C Nº 268.

DELLA PORTA, Donatella. Política progressiva e regressiva no neoliberalismo tardio. Trad. Débora Landsberg. In: APPADURAI, Arjun *et al.* *A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los*. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2019. p. 57-76.

FIESP. *Desemprego fica em 11% em dezembro, mas ainda atinge 11,6 milhões, diz IBGE*. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/sietex/noticias/desemprego-fica-em-11-em-dezembro-mas-ainda-atinge-116-milhoes-diz-ibge/>. Acesso em: 18 fev. 2020.

G1. *No Brasil, 10% mais ricos ganham cerca de 17,6 vezes mais que os 40% mais pobres, aponta IBGE*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/05/no-brasil-10-mais-ricos-ganham-cerca-de-176-vezes-mais-que-os-40-mais-pobres-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 6 jan. 2020.

KRASTEV, Ivan. Futuros majoritários. Trad. Alexandre Hubner. In: APPADURAI, Arjun *et al.* *A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los*. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2019. p. 115-133.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MÜLLER, Jan-Werner. *What is Populism?* Penguin: UK, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROTH, Kenneth. *The Pushback Against the Populist Challenge*. Human Rights Watch, 2018. Disponível em: <https://www.hrw.org/world-report/2018/pushback-against-the-populist-challenge>. Acesso em: 14 jan. 2020.

ZIZEK, Slavoj. A tentação populista. Trad. Alexandre Hubner. In: APPADURAI, Arjun *et al.* *A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los*. 1. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2019. p. 293-313.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.12146>

ESCOVANDO A HISTÓRIA COLONIAL A CONTRAPELO: Teoria da Memória como Base Epistemológica para uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos

Nelson Camatta Moreira

Autor correspondente. Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Núcleo Docente Estruturante. Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 215 – Santa Lucia. Vitória/ES, Brasil. CEP 29056-295. <http://lattes.cnpq.br/2535094687665916>.
<https://orcid.org/0000-0002-8295-4275>. nelsoncmoreira@hotmail.com

Antonio Leal de Oliveira

Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Vitória/ES, Brasil.

Silvana Pereira Carneiro

Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Vitória/ES, Brasil.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar a interseção entre a teoria da memória de Walter Benjamin e o pensamento decolonial de Enrique Dussel como fundamentos epistemológicos para uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a crítica ao progresso, defendida por Benjamin, e a crítica ao discurso colonizador eurocêntrico, empreendida por Dussel, permitirão a narrativa de uma nova história, de uma história “escovada a contrapelo” (BENJAMIN, 1994). A preocupação de ambas as teorias com as vítimas silenciadas pela história oficial, nos leva a propor uma teoria crítica dos direitos humanos que tenha em conta uma exigência de memória e de justiça para essas vítimas.

Palavras-chave: progresso; decolonialidade; teoria crítica dos direitos humanos.

BRUSHING COLONIAL HISTORY AGAINST THE GRAIN: SOME BASES FOR A CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

This article aims to discuss the approach of two significant passages from the works by Walter Benjamin and Enrique Dussel, namely, the vehement criticism about the ideal of progress and decoloniality, respectively. Thus, at the moment in which Walter Benjamin, when brushing story against the grain, describes that history needs to be told differently as away of redemption of humanity itself, he connects with Enrique Dussel, who, in turn, tries to think from starting points that are inherent to the marginalized cultures themselves (BENJAMIN, 1994). Both thoughts, therefore, reflect interesting theoretical mechanisms for the contribution of a critical theory of human rights, in the name of respect for memory and not erasing stories.

Keywords: progress; decoloniality; critical theory of human rights.

Recebido em: 15/3/2021

Aceito em: 18/6/2021

1 INTRODUÇÃO

“Many ingenious lovely things are gone
That seemed sheer miracle to the multitude”.
(YEATS, 1928).

Em 1944 Jorge Luis Borges edita um dos seus mais renomados livros: *Ficções*. Nessa reunião de contos estão algumas de suas mais conhecidas obras, tais como: O jardim de veredas que se bifurcam; A biblioteca de Babel; Funes, o memorioso; O milagre secreto, etc. Esse volume traz também aquele que é um dos menores (em tamanho) contos de Borges, *Tema do traidor e do herói*. Como é esperado por quem se aventura na literatura de Borges, as poucas mais de cinco páginas desse conto são capazes de surpreender pela profundidade, pelas reviravoltas, pela inventividade e pelas inúmeras possibilidades que permite. Seu enredo traz a memória de um crime ocorrido no século 19 e que, analisado por especialistas no início do século 20, apresenta novas descobertas, uma nova história e a necessidade de decidir pela manutenção ou não do relato heroico que prevaleceu dessa história. Em dado momento, Borges afirma: “*Que a história tivesse copiado a história já era suficientemente assombroso, que a história copie a literatura é inconcebível...*” (BORGES, 2005, p. 139).

Essa provocação de Borges, sobre a necessidade de termos em conta o outro lado da narrativa dos fatos heroicos (mostrando que o papel de herói ou de traidor depende da versão da história que se conta), é uma espécie de versão literária para uma provocação teórica de Walter Benjamin que nos impõe a necessidade de “escovar a história a contrapelo” (sua tese VII, Sobre o conceito de História *apud* LÖWY, 2005, p. 70). Benjamin tinha uma preocupação muito sedimentada com as vítimas “invisíveis” da marcha da História. Conforme a lição de Reyes Mate, sua ênfase estava em impedir que essas vítimas tivessem uma segunda morte, além da morte física a morte da sua memória, da memória do seu sofrimento (MATE, 2011, p. 156).

Nesse sentido é que se impõe uma luta contra o esquecimento dessas vítimas e de suas dores, ou em outras palavras, que se estimule e se produza o pequeno relato, os fragmentos que se insurgem contra o esquecimento instaurando um outro saber que não esteja pautado na apologia, mas “na sua condição débil, como último reflexo de uma voz ausente” (NASCIMENTO, 2009, p. 104). Na sua derradeira obra, “Sobre o Conceito da História” (1994), Benjamin apresenta uma reflexão crítica sobre a pretensão de uma linearidade histórica (rumo ao progresso). Nesse sentido, Benjamin irá pontuar uma crítica ante uma postura que considera o advento do futuro como necessariamente um progresso, advertindo, na linha do que já havia proposto Freud, em 1938: “vivemos em uma bem estranha época e constatamos com surpresa que o progresso se alia à barbárie” (FREUD, 1993, p. 68).

No texto do argentino Borges que trazemos no começo desse artigo, temos outra inspiração para nossa proposta: Borges traz na epígrafe um trecho de um poema clássico de W. B. Yeats, *Nineteen Hundred and Nineteen*, que foi escrito em 1928 como uma resposta às atrocidades cometidas pelos Black and Tans,¹ na Irlanda. Nesse poema Yeats apresenta imagens do

¹ Nome dado aos britânicos recrutados para exercer o policiamento na Irlanda depois da 1ª Guerra Mundial e que eram conhecidos por sua violência e brutalidade, provocando muitas mortes em suas ações (BRITANNICA, 2020).

passado em contraste com a crescente mortandade no (e do) mundo, apelando ao conceito de recorrência histórica e ao tema dos homens atuando segundo um “papel preconcebido” (BORGES CENTER, 2020). E se existe um fato que parece recorrente na história e um papel que parece “preconcebido” para um grande número de pessoas é o de vítima que sofre em silêncio sem receber o justo tratamento por seu sofrimento. A conexão dessas reflexões benjaminianas com o pensamento do filósofo, e conterrâneo de Borges, Enrique Dussel, parece clara na medida em que, para este último, os fundamentos que sustentaram a lógica da modernidade serviram, sem grandes críticas, como pano de fundo para a exploração colonial e o consequente apagamento histórico dos povos vencidos. É nesse sentido que Dussel enfatizará a necessidade de se recontar a história sob a ótica dos povos vencidos, colonizados, a fim de melhor entender sua dinâmica, cultura e sociedade, promovendo um resgate do que ficou soterrado por narrativas eurocêntricas (DUSSEL, 2005).

A partir desses elementos, este artigo objetiva uma apresentação da teoria da memória (BENJAMIN, 1994) que sirva de base epistemológica para uma abordagem crítica sobre os perenes efeitos da racionalidade colonizadora (DUSSEL, 2005). Essas chaves teóricas atuarão como fundamentos para se pensar em uma teoria crítica dos direitos humanos que dê conta de fazer justiça às vítimas que sofrem em silêncio, que seja capaz de promover a emancipação e liberação que seu projeto moderno promete, que possa, conforme Benjamin, estar apta para “colocar o real no lugar da ilusão” (BENJAMIN, 2016, p. 27).

2 A VIOLÊNCIA COLONIZADORA NA HISTÓRIA ESCOVADA A CONTRAPELO: A Destruição da Memória

Em um dos mais contundentes libelos contra o colonialismo Aimé Césaire é enfático em afirmar que a “Europa é indefensável” e nesse sentido é preciso conhecer a fundo o colonialismo para darmos conta de fazer um retrato mais fiel e adequado da figura do colonizador, pois sua mentalidade, sua brutalidade e opressão continuam vivas e atuantes. Nesse sentido, é lapidar seu sarcasmo em afirmar que o paradigma civilizatório que afirmou levar desenvolvimento e progresso aos povos “bárbaros” colonizados é o mesmo que nega a esses mesmos povos acesso aos mais básicos bens e serviços necessários a uma vida digna, tais como educação, saúde, segurança, saneamento, etc. (CÉSAIRE, 2020, p. 27).

Conforme o dicionário Houaiss, o verbo colonizar além de ter o sentido de criação de uma colônia ou de habitar como colono, no sentido figurado é definido como propagação, como invasão (GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS, 2020). Importando essa definição léxica para uma análise social e histórica, é fácil perceber a adequação desse último sentido (figurado) com a realidade que marcou a expansão territorial europeia no início da modernidade (DUSSEL, 2015), com suas invasões armadas, que tomavam territórios, subjugando as civilizações residentes nesses locais antes da sua chegada. Nesse sentido, a perspectiva decolonial, que pretendemos utilizar neste artigo impõe ultrapassar a narrativa oficial do colonizador. Franz Fanon, em uma das mais clássicas obras sobre o pensamento decolonial, trata da questão da violência da colonização em um sentido em que o colonizador (ou colono, nos dizeres de Fanon) extrai desse processo a sua verdade, sua fábula de sucesso, além das suas riquezas materiais. Nesse sentido, ele afirma que “o colono e o colonizado [se] conhecem há muito tempo. E, na realidade, tem razão o colono quando diz conhecê-los. Foi o colono que fez e

continua fazendo o colonizado. O colono tira a sua verdade, isto é, os seus bens, do sistema colonial” (FANON, 1961, p. 31).

O colonizador vale-se do seu poderio econômico, tecnológico, estratégico e das suas alianças políticas para promover invasões territoriais com intuítos exclusivamente econômicos nos territórios que apresentam potencial e atrativos para as demandas de momento dos mercados. É nesse sentido que se afirma que “os colonizadores operam sob diversas condições e configurações de um universo relacional de dominação europeia às demais populações globais” (LIMA; KOSOP, 2019, p. 2600). Tendo isso em conta, quando falamos de um processo violento, o foco não recai exclusivamente nas incursões bélicas do momento de invasão desses territórios, mas inclui a violência simbólica (BOURDIEU; PASSERON, 1992, p. 15 *et seq.*) da imposição de um novo modo de vida, de uma nova cultura, uma nova religião, uma nova epistemologia, que exigem em troca o apagamento daquela que foi colonizada. A história frequentemente explicitada nos mecanismos oficiais é fruto desse processo, produzida e disseminada do ponto de vista do colonizador, que impôs sua narrativa histórica. Não raro, o colonizador apresenta-se como um salvador da pátria, que traz melhorias e um desenvolvimento que jamais teriam se desenvolvido na comunidade originária daquele território.

Nesse mesmo sentido, Edward Said, na sua obra clássica “*Orientalismo*”, é enfático em afirmar que aquilo que se conhece por Oriente foi criado à força pelo Ocidente colonizador e como consequência a condição de Oriente é fruto de julgamento, de estudos (como o de um corpo exótico), de disciplina. Em suma, aquilo que o colonizador define como sendo ilustrativo do que ele quer chamar de Oriente, de forma que Said propõe que se deve analisar o orientalismo como um exercício de força cultural. Ao evidenciar essa necessidade, ele acaba por chamar a atenção para a urgência de se interromper uma pretensão normativa e epistemológica que faz com o que “o Oriente e tudo o que havia nele era, se não patentemente inferior ao Ocidente, algo que necessitava de um estudo corretivo do Ocidente”. Constitui o orientalismo, em resumo, tudo que reduz o Oriente aos campos disciplinares, judiciais, educacionais, tudo que o reduz à curiosidade e escrutínio, sob controle e delimitação de um governo (SAID, 2012, p. 74).

É facilmente perceptível, na contemporaneidade, que não se sustenta mais a lógica pela qual o modo de vida do colonizador europeu seja apresentado como o “correto”. Isso porque resta cada vez mais clara a herança das culturas não europeias para os hábitos sociais contemporâneos.² O fato dessa influência da cultura não ocidental na realidade atual ter se tornado visível é consequência de lutas contra um longo processo de apagamento da história desses diversos povos violentados em um processo denominado por Paulo Freire de invasão cultural:

A invasão cultural tem uma dupla face. De um lado, é já dominação; de outro, é tática de dominação. Na verdade, toda dominação implica numa invasão, não apenas física, visível, mas às vezes camuflada, em que o invasor se apresenta como se fosse o amigo que ajuda. No fundo, a invasão é uma forma de dominar econômica e culturalmente ao invadido. In-

² Facilmente perceptível: na onipresença da culinária japonesa em qualquer cidade de médio e grande porte ocidental; na origem chinesa de quase todos os produtos consumidos pelo Ocidente; mais recentemente, no sucesso da cultura pop sul-coreana (K-pop), etc.

vasão realizada por uma sociedade matriz, metropolitana, numa sociedade dependente, ou invasão implícita na dominação de uma classe sobre a outra, numa mesma sociedade (FREIRE, 1987, p. 93).

A imposição do modo de vida do colonizador tem por objetivo não só apagar um modo de vida que ele considera indesejável, mas igualmente disseminar os próprios princípios como o único meio de vida correto, possível e aceitável, criando-se uma divisão entre “nós” e “os outros” e excluindo aqueles que resistem ao novo estilo de vida ou, por qualquer razão, não conseguem adaptar-se. A segregação do modo de vida do colonizado é uma ferramenta eficaz de invasão cultural, pois cria uma cultura marginal, “errada”, indesejável, e gera nos próprios colonizados um desejo de abdicar da própria história e se aproximar do estilo de vida do colonizador, a fim de sair da margem. É nesse sentido que Fanon afirma a compartimentação do mundo colonial, em cidades europeias e indígenas, em escolas para os colonizadores diferentes das dos colonizados, como mostra de modo eloquente o exemplo histórico do *apartheid* na África do Sul (FANON, 1961, p. 32).

Em suma, podemos afirmar que o processo de colonização funda-se ao mesmo tempo em uma invasão física, bélica, territorial e, igualmente, em um processo de invasão cultural que apaga da História canônica e oficial a cultura e a subjetividade do colonizado, criando uma cultura que, quando não consegue ser integralmente suprimida, torna-se marginalizada. É sabido que, especialmente na época das grandes navegações, havia um legítimo desprezo pelos povos colonizados e sua cultura e seu estilo de vida eram considerados inferiores pelos colonizadores, que praticaram tanto genocídio e escravidão quanto uma destruição massiva de todo e qualquer registro de sua existência. Isso fica ainda mais evidente quando tratamos de povos que não tinham como cultura a produção de escritos ou construções majestosas, como os povos indígenas brasileiros. O que sabemos sobre eles é que existiram e foram exterminados, não havendo nenhuma preocupação em preservar sua memória.³ Devemos afirmar que a memória tem, como condição para sua formação, o testemunho dos seus sujeitos que ao narrarem o que passaram, ao lembrarem suas tradições familiares e comunitárias, constroem uma memória política que encara tudo o que permanece oculto ou longe da nossa compreensão e conhecimento (MOREIRA; GOMES, 2019, p. 371).

Assim, sem nenhuma preocupação com a preservação histórica, sem registros físicos, ou sem a cultura popular, diversas memórias podem ser apagadas da História. Nesse ponto, Turini (2004, p. 102) observa que:

Momento particularmente interessante para pensarmos sobre esta situação ocorreu nas “comemorações” em torno dos 500 anos do Brasil, em 2000. Na televisão, diariamente podia-se assistir à propaganda dos Correios “mostrando”, através de uma sucessão de imagens como pano de fundo a leitura da carta de Caminha, como o país foi se “desenvolvendo” desde a chegada dos portugueses em 1500 até o que é hoje: um país na era da Internet, da globalização, do progresso.

³ Em 2 de setembro de 2018 ocorreu um grande incêndio no Museu Nacional, localizado na Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro – Brasil, o qual contava com 200 anos de história e 20 milhões de itens em seu acervo, entre os quais se encontravam afrescos que sobreviveram à erupção que dizimou Pompeia, itens e artefatos de povos indígenas já extintos e de tribos africanas isoladas e/ou já extintas. Tais itens, ao se perderem para sempre, levaram consigo os únicos registros existentes de povos e civilizações que não mais existem (SANTOS, 2020).

Os efeitos dessa perspectiva de apagamento e marginalização da história do “outro”, do sujeito colonizado, permanecem na contemporaneidade quando, por exemplo, verificamos a omissão das histórias das vítimas da ditadura civil-militar brasileira. Assim como ocorre aos colonizados, impõe-se uma relação de dominação na qual um grupo detinha o poder em dizer a História, em determinar quais eventos seriam narrados e como o seriam. Guardadas as devidas proporções e diferenças, percebemos a permanência de uma lógica similar operando na formação narrativa, na qual os vencedores narram os fatos de acordo com sua melhor conveniência.⁴ Ouvimos histórias contadas pelos generais que ficaram no poder, ouvimos histórias sobre os revolucionários que representavam a luta contra a repressão, mas quantos outros relatos nunca ouvimos? Quantas pessoas “comuns” passaram por diversas atrocidades e não conseguiram sequer um lugar na memória?

O processo de colonização, sob essa análise, perpassa um processo de reescrita histórica, do apagamento de povos, culturas e de criação de uma narrativa que favorece aqueles que detêm o poder de dizer a História aos demais. Em se tratando desse exemplo do período ditatorial, ainda em comento, observa-se que aqueles que estavam no poder traziam para si o poder de determinar o que seria immortalizado e dito às próximas gerações e não havia ali uma preocupação em narrar os fatos como de fato ocorreram, mas de uma forma que beneficiasse os interesses de quem os contava.

O reflexo desse apagamento de identidade e dessa imposição de um modo de vida como correto inflige aos grupos vencidos uma marginalidade com reflexos não apenas no que respeita à memória, mas também na afirmação das imponentes desigualdades que costumam caracterizar esses territórios transformados em colônias. Por isso, sofrem as mazelas de uma sociedade que falha em fazer justiça às atrocidades pelas quais os grupos que têm suas memórias apagadas até hoje padecem:

Ou seja, o aclamado Estado (Liberal) Democrático de Direito não transforma a realidade construída historicamente, as desigualdades, as iniquidades e, muitas vezes, até mesmo as neutraliza e naturaliza, impedindo de tornar visíveis situações que, na aparência da normatividade, escondem as mazelas de uma sociedade fundada na exclusão, em particular, daquelas expressas pela questão racial, de regra intimamente conectada com a questão socioeconômica (MORAIS; MOREIRA, 2019, p. 21).

A partir do que foi anteriormente apresentado, veremos no próximo item como Walter Benjamin, enfaticamente, denuncia toda uma concepção de história que, agindo por uma “*identificação com os vencedores*” (que são os heróis ou gênios), consagra a visão desses últimos contra o exército dos vencidos e dos sem-nome: “*os dominantes do momento são herdeiros de todos aqueles que venceram na história*” (OLIVEIRA, 2017, p. 102). É nesse sentido que se afirma que o tribunal da História, caso exista, será sempre injusto, pois ele consagra os vencedores, excluindo os marginalizados e condenando os vencidos ao esquecimento. Isso fica ainda mais claro diante da constatação de que celebrar a cultura significa, conseqüentemente, privilegiar os vencedores em todas as circunstâncias, esquecendo-se, com isso, os serviçais e escravos sem os quais nada teria sido feito ou mereceria ser conservado (BOUGANIN, 2007, p. 158).

⁴ Um texto excelente sobre o silenciamento provocado pela ditadura brasileira a suas vítimas é o “Os fuzis e as flechas”, de Rubens Valente, que apresenta uma análise dos arquivos sobre a ditadura civil-militar brasileira buscando recuperar a história de lutas, resistências e perecimento dos indígenas brasileiros naqueles anos (VALENTE, 2017).

3 A CRÍTICA AO DISCURSO DO PROGRESSO E A CONSTANTE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DOS POVOS COLONIZADOS

Apesar de o momento histórico vivido por Walter Benjamin ter antecedido (e, em certo sentido, preparado as condições para) a luta anticolonialista, que passa a encontrar seu tempo no período pós-2ª Guerra, sua inegável sensibilidade não deixou de ter em conta tão cruel realidade. Em uma curta resenha que escreveu para um livro sobre Bartolomeu de Las Casas, publicado no fim da década de 20, Benjamin constatava com horror que “la historia colonial de los pueblos europeos comienza con el escandaloso proceso de la Conquista, que convierte al mundo recién conquistado en una cámara de torturas” (BENJAMIN, 2020, p. 2100). Esse pequeno trecho deixa à mostra as mais marcantes características do pensamento benjaminiano, ou seja, uma preocupação obsessiva com as barbáries promovidas em nome do progresso, com o sofrimento mantido em silêncio, com uma política do esquecimento (em contraposição à sua proposta de uma memória política) que provocaram muito sofrimento e, numa lei do eterno retorno, continuam a provocar. Nos seus termos, Benjamin irá afirmar, nas notas preparatórias das suas famosas teses “Sobre o conceito de história”, que três são os motivos que sustentam sua concepção da História: “A descontinuidade do tempo histórico; o poder destruidor da classe trabalhadora e a tradição dos oprimidos⁵” (MISSAC, 1975, p. 44).

Para os propósitos deste artigo, sua crítica ao progresso mostra-se particularmente adequada, pois, pela perspectiva do autor, é possível afirmar que a Revolução Industrial, no século 19, permitiu uma perniciosa ideia de progresso. Isso porque acreditava-se que o advento de uma economia moderna automatizada, escalonada e financeira, acarretaria por si só uma melhoria na qualidade de vida e na igualdade entre as pessoas. É óbvio que essa perspectiva foi recebida com esperança diante dos inegáveis avanços tecnológicos, provocando, contrário senso, uma rejeição a práticas sociais e modos de vida tradicionais e comunitários, que passariam a ser considerados atrasados.

Não há nada que tenha corrompido tanto o operariado alemão quanto a crença de que ele nadava com a correnteza. O desenvolvimento técnico parecia-lhe o declive da correnteza em cujo sentido acreditava nadar. Daí era um só passo até a ilusão de que o trabalho fabril, que se inserisse no sulco do progresso técnico, representaria um feito político (BENJAMIN. 1992, p. 163).

Esses avanços tecnológicos e industriais disfarçavam uma severa exploração do trabalhador que fomentava desigualdades sociais e a massificação da cultura. Nesse sentido, Benjamin é enfático em afirmar, na famosa alegoria do “Angelus Novus” da sua tese IX, que aquilo que chamamos de progresso é algo que nos empurra para o futuro e nos torna incapazes de ser reverentes aos “escombros” humanos que se acumulam com sua passagem (LÖWY, 2005, p. 87). Em contrapartida a essa preocupação benjaminiana, a visão até hoje predominante é que a História caminha sempre em direção a uma evolução constante, o presente sempre detém uma superioridade ao passado e os avanços tecnológicos da época passaram a reforçar essa postura, duramente criticada por Benjamin. Turini (2004, p. 98), nesse particular, observa que

⁵ “La discontinuité du temps historique; le pouvoir destructeur de la classe ouvrière; la tradition des opprimés”.

[...] o tempo da história é identificado como o tempo da *evolução* e esta como sinônimo de *progresso*. Por essa linha de interpretação, o presente é sempre a etapa que avança para o melhor, em relação a um passado visto como ultrapassado, atrasado. Coloca-se, então, a perspectiva de que a humanidade evolui inexoravelmente para um fim “superior” ou “adiantado”.

No seu derradeiro texto, Benjamin resume uma preocupação que sempre o acompanhou e que se contrapunha fortemente ao conceito de História como um evento linear que sempre caminhava em direção ao avanço e ao progresso como um fruto de posturas que defendiam o trabalho como fonte da moral e lisura. Nesse sentido, Benjamin entendia que a História que estava sendo escrita não contava com exatidão sobre o sofrimento dos povos, à custa dos quais o malfadado progresso estava sendo construído. Para ele caberia, então, ao historiador “escovar a história a contrapelo”, permitindo-se adotar um novo olhar sobre leituras de documentos históricos, novas interpretações sobre fatos, traçando um diálogo aberto entre presente e passado e possibilitando um entendimento mais amplo e diverso da História. Tal proposta, assim, visava a romper com os conceitos clássicos e lineares de uma História progressista, que sempre rumaria para evoluções, quando o novo, o futuro, sempre representaria, automaticamente, algo supostamente melhor e mais avançado. Como panaceia para essa insensível narrativa que continua a provocar dores e sofrimentos que permanecem em silêncio, impõe-se ter a empatia como método de construção que permite um tratamento adequado para as vítimas dessa marcha histórica (BENJAMIN, 1994, p. 225).

Um dos maiores especialistas na obra de Benjamin, Michael Löwy afirma que esse escovar a história a contrapelo impõe considerá-la sob a perspectiva dos derrotados, excluídos, dos vencidos. E nesse sentido, pontua:

Por exemplo, a rica cultura do Segundo Império francês deve ser analisada [...] levando em conta a derrota dos operários em junho de 1848 e a repressão ao movimento revolucionário [...] que ela provocou durante várias décadas. Da mesma maneira, a brilhante cultura de Weimar deve ser comparada à situação dos desempregados. Dos pobres e das vítimas da inflação – como em *Rua de mão única*. Em outras palavras, para citar uma das notas preparatórias, a história da cultura “deve ser integrada à história da luta de classes” (LÖWY, 2005, p. 79).

Como afirmado desde o princípio deste tópico, ao assumir essa perspectiva Benjamin rompia com uma concepção linear de História, admitindo que o futuro não representaria por si só um progresso e nem tudo que fosse considerado progresso para uns representaria necessariamente melhoria para todos. Pregando, dessa forma, a necessidade de uma empatia, de uma pesquisa aprofundada que admita que o mesmo fato histórico ao mesmo tempo significa inúmeras vitórias e desenvolvimento para uns e inegáveis sofrimentos e opressão para outros, gerando, assim, um dever de memória para com as “vítimas do progresso”. Nesse sentido, ter memória e fazer justiça às vítimas do passado e às que até hoje sofrem nessa busca por progresso e desenvolvimento. Ao se fazer/ter memória define-se um marco (histórico e geográfico), mas ao mesmo tempo se mantém em aberto as infinitas possibilidades não contempladas que permitirão sempre a escrita de uma nova História (OLIVEIRA, 2017, p. 160).

É nesse sentido que Fanon (1961, p. 94) afirmará que “o bem-estar e o progresso da Europa foram construídos com o suor e os cadáveres dos negros, dos árabes, dos índios e dos

amarelos. Isso, nós decidimos não esquecer”. Em outros termos, resta claro que o malfadado progresso dos vencedores é geralmente construído à custa do sofrimento dos outros povos, ainda que esse custo seja posteriormente relativizado ou silenciado pela narrativa geral. Nas palavras de Benjamin, impõe-se que o papel do historiador deixe de ser apenas aquele de um pesquisador que se limita a contar os fatos como retratados, para passar a considerar todas as dinâmicas éticas, sociológicas e culturais, isso incluindo todos os envolvidos na equação histórica e as respectivas contribuições para os desfechos dos respectivos eventos.

O historicismo se contenta em estabelecer umnexo causal entre vários momentos da história. Mas nenhum fato, meramente por ser causa, é só por isso um fato histórico. Ele se transforma em fato histórico postumamente, graças a acontecimentos que podem estar dele separados por milênios. O historiador consciente disso renuncia a desfiar entre os dedos os acontecimentos, como as contas de um rosário. Ele capta a configuração, em que sua própria época entrou em contato com uma época anterior, perfeitamente determinada. Com isso, ele funda um conceito do presente como um “agora” no qual se infiltraram estilhaços do messiânico (BENJAMIN, 1994, p. 232).

Exercitar o papel da empatia no estudo da História permite-nos uma visão mais crítica do progresso, assim como possibilita entender que a história nem sempre caminha para um desenvolvimento, admitindo-se que involuções podem acontecer durante esse processo histórico. Mais uma vez aqui, suas contundentes palavras construídas com a alegoria do “Angelus Novus” em sua Tese IX, são claras ao enfatizar que:

O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se a suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos de progresso (BENJAMIN, 1994, p. 226).

É necessário ressaltar, por fim, que o autor não prega uma visão saudosista e anacrônica da realidade, afinal é notório o trabalho de Benjamin sobre alguns dos mais avançados progressos tecnológicos do começo do século 20, sobretudo os relacionados às artes (tais como a fotografia, o cinema, a arte contemporânea, a mudança na perspectiva literária do romance, assim como seus textos sobre os avanços tecnológicos vivenciados a partir da 1ª Grande Guerra). Apesar disso, ele mantém sua postura crítica quanto à aceitação inerte daquilo que se vende como progresso, daquilo que se apresenta como a salvação em um futuro idílico, mas que ao mesmo tempo se mostra insensível para as consequências que provoca e que, muitas vezes, nem se dá conta. Nesse sentido, Turini explica que a crítica ao progresso é fundamental na perspectiva de Benjamin, e essa crítica não é motivada por um anacronismo saudosista sobre um tempo que passou, mas sim visando a colaborar para o surgimento de novas possibilidades de vida social (TURINI, 2004, p. 112).

Com essa última mensagem vislumbramos um interessante paralelo entre a teoria de memória e a crítica ao progresso de Walter Benjamin com as bases teóricas sobre decolonialidade de Enrique Dussel, em especial quando esse último, assim como Benjamin, questiona a

perspectiva de um conceito único e generalizado de progresso, da História, da epistemologia, da normatividade, etc.

4 APROXIMAÇÕES ENTRE A CRÍTICA DO PROGRESSO E A VISÃO DECOLONIAL: Bases Para Reflexões Humanistas na América Latina

O filósofo argentino, radicado no México há mais de 40 anos, Enrique Dussel, instiga-nos a questionar a nossa própria história, na condição de “ex-colônias”, numa proposta que muito se aproxima do “escovar a história a contrapelo”, de Benjamin. Nesse sentido, ele afirma que desde as primeiras conquistas e massacres que marcaram o início do período colonial esteve presente uma racionalidade (epistemologia) moderna e eurocêntrica que provoca o reconhecimento dos colonizadores como sujeitos privilegiados para se contar essa história, tendo na sua “visão de mundo” o cerne daquela narrativa que se fez oficial. Diante disso, Dussel irá propor uma outra história crítica desse projeto da modernidade europeia, história contada sob a perspectiva dos povos colonizados e, para tanto, deve-se enxergar a origem da modernidade com “novos olhos”, ou seja, impõe-se a releitura dessa história por um “observador externo”. Percebe-se aqui uma necessidade de se desprender da narrativa europeia como meio privilegiado de se enxergar a história das colônias, deve-se questionar “que direito a Europa tem de dominar colonialmente as Índias?” (DUSSEL, 2015, p. 38).

Essa proposta de Dussel oferece um contraponto à ideia do colonizador de que a civilização colonizada encontra-se em atraso e por ela faz um bem ao invadir sua cultura e levar o “progresso”. Ou seja, como se houvesse uma razão dada *a posteriori* que justificasse todas os “efeitos colaterais” do empreendimento colonial. Nesse sentido, o pensamento de Angela Davis, por sua vez, reforça o viés crítico dessa ideia de que o vencedor, o colonizador, o invasor cultural têm sobre si a visão de salvador do colonizado, que trouxe consigo o progresso, a civilização, um modo de vida “melhor” e mais “evoluído”, ao lembrar que, “em 1918, quando o influente acadêmico Ulrich B. Phillips declarou que a escravidão no Velho Sul imprimiu o glorioso selo da civilização nos africanos selvagens e em seus descendentes nascidos nos Estados Unidos, ele lançou as bases para um longo e acalorado debate” (DAVIS, 2016, p. 22). Nesse sentido é que Turini afirma:

Mesmo entre professores e alunos, muitas vezes houve – e há – no balanço dos 500 anos, uma certa compreensão de que a “descoberta” dos portugueses, apesar de toda a violência da colonização, possibilitou a entrada do Brasil no “mundo civilizado”. E, nesse processo, a ação dos bandeirantes aparece como fundamental, mesmo que se reconheça os seus métodos como violentos, cruéis, sanguinários. Afinal, sem eles, o país terminaria em São Paulo... (TURINI, 2004, p. 102).

Em outros termos, podemos afirmar que os colonizadores sequer consideram a história e a cultura da civilização invadida como algo digno de ser narrado e tornado conhecido. A preservação e o legado dessas passam a ser relativizados diante do progresso que, inevitavelmente, o projeto da modernidade levaria, mesmo com o custo das inúmeras atrocidades físicas, morais e sociais. Dussel entende que a resposta para a pergunta formulada sobre o direito que a Europa teria de invadir outros territórios é tautológica, a ponto de acarretar no fato de que “a Modernidade *nunca mais* se perguntará existencial nem filosoficamente por este direito à dominação da periferia até o presente” (DUSSEL, 2015b, p. 39), Mostrando-se

natural concluir que a contrapartida para as promessas da modernidade e do progresso não justifica o apagamento da história e da cultura dos povos colonizados.

Os exemplos para o que antes apresentamos são claros quando observamos que, desde seu início, “no século XVI, a retórica salvacionista da modernidade enfatizava a conversão ao cristianismo”, nas missões religiosas que convertiam forçadamente povos indígenas, batismos de povos negros escravizados, entre outras práticas que consideravam suas culturas como primitivas, atrasadas e uma conversão religiosa e o apagamento das vivências dos povos convertidos representavam um progresso, uma “salvação” (MIGNOLO, 2008, p. 273).

Quando tem seu ponto de vista tomado como cerne da narrativa, os vencedores apropriam-se da História e, conseqüentemente, da verdade a ser contada. São também os donos e, por vezes, os produtores dos registros históricos, de forma a decidir o que e como neles constam. Não raro são vistos como heróis, salvadores, detentores do progresso, exceto por aqueles que trazem consigo a lembrança da opressão.

Segundo Dussel, a subjetividade do dominador torna-se a própria História. Nas suas palavras:

Porque a experiência originária da FL consiste em descobrir o “fato” massivo da dominação, do constituir-se de uma subjetividade como “senhor” de outra subjetividade, no plano mundial (desde o começo da expansão europeia em 1492 – fato constitutivo originário da “Modernidade”) Centro-Periferia; no plano nacional (elites-massas, burguesia nacional – classe operária e povo); no plano erótico (homem - mulher); no plano pedagógico (cultura imperial elitista versus cultura periférica popular, etc.); no plano religioso (o fetichismo em todos os níveis); no nível racial (a discriminação das raças não-brancas), etc. [...] O pobre, o dominado, o índio massacrado, o negro escravo, o asiático da guerra do ópio, o judeu nos campos de concentração, a mulher objeto sexual, a criança sob a manipulação ideológica [...] não podem partir simplesmente da “estima de si mesmo” [...]. A anterioridade do Outro que interpela constitui a possibilidade do “mundo” ou de si mesmo como reflexivamente valiosa [...]. Não se fala aqui que, necessariamente, os vencedores são vilões e invasores, pois, obviamente, em sua ótica, possuem uma justificativa para seus atos. Igualmente, nas interações humanas não se pode enxergar uma dualidade cinematográfica simplista de vilão/mocinho. Mas, ao mesmo tempo, necessária se faz uma atenção à memória daqueles que foram vencidos para uma total compreensão social da cultura e sociedade atual (DUSSEL, 1998, p. 20).

Segundo Oliveira e Gomes (2017, p. 82-83), torna-se necessário “reconhecer o risco político e social que se corre quando o trabalho de memória e reconstrução histórica de uma nação não é preservado [...] pois é do esquecimento que se permite a reescrita da história, mas uma reescrita desvirtuada, desprendida da verdade fatural que originou a história”. Tal risco é perceptível quando se fala de povos escravizados. Mais uma vez aqui, Angela Davis é didática ao tratar da questão das mulheres negras escravizadas, que tiveram sua dinâmica pessoal e familiar apagada da História, criando-se uma mística a seu respeito que não condiz com a realidade. Não raro, as mulheres escravizadas eram tratadas apenas como matriarcas, “parideiras”, sendo altamente sexualizadas e tendo sua realidade e dignidade relegadas ao apagamento histórico.

Em meio a toda essa atividade intelectual, porém, a situação específica das mulheres escravas permanecia incompreendida. As discussões incessantes sobre sua “promiscuidade sexual” ou seus pendores “matriarcais” obscureciam, mais do que iluminavam, a situação das mulheres negras durante a escravidão. Herbert Aptheker continua sendo um dos poucos historiadores a tentar criar um alicerce mais realista para a compreensão da mulher escrava (DAVIS, 2016, p. 22).

Era fundamental, portanto, para o colonizador, via de regra, considerar o estilo de vida e a cultura nas colônias como algo inferior, e para isso sequer considerava os povos colonizados como civilizados, razão pela qual não houve nenhuma preocupação em preservar sua cultura, notas, compreender seu estilo de vida ou até mesmo manter registros de sua existência. Quando se permite esquecer as narrativas dos povos que integraram um processo histórico, incorre-se no sério risco de ter sua cultura e singularidades apagadas e preenchidas pelo imaginário popular, assim como criar uma mística que os reproduza como vilões, ou como povos não civilizados que precisavam da intervenção do colonizador para se desenvolver. Esse processo de desumanização começa com a qualificação dessas culturas e povos como algo negativo que possibilita seu apagamento histórico e reforça o modo de vida instituído pelo colonizador como o correto, o inovador, o progressista. Com o tempo, deixa-se de enxergar a população vencida como seres humanos que tiveram seu modo de vida invadido e dizimado (MOREIRA; MOREIRA JUNIOR, 2017, p. 291).

Resgatar tal memória (e empenhar-se em mantê-la) consiste em justiça aos descendentes dos povos vencidos, cujo direito à memória e subjetividade em muito se entrelaça com o próprio direito à identidade. Nesse sentido, é essencial ter em consideração que memória, testemunho e narrativa devem atuar harmonicamente, uma vez que o testemunho alimenta a narrativa, enquanto essa última reaviva a memória. A memória sendo novamente viva passa a ser parte do imaginário daquela comunidade política. É nesse sentido que podemos afirmar que “a memória pertence ao passado, mas seus reflexos são sentidos no presente, e serão fundamentais ao futuro, seja ele qual for” (MOREIRA; GOMES, 2019, p. 379).

O resgate da memória pela ótica daqueles que foram vencidos tem um poder libertador de minimizar opressões cotidianas sofridas por aqueles que não se encontram no lado dominante, sanando a referida dualidade vilão/mocinho que redesenha a História, retratando os vencidos como bárbaros, errados, que merecem ocupar uma posição de menor destaque. “O projeto democrático é indispensável para que processos inclusivos e emancipatórios se realizem” (LUCAS, 2019, p. 5).

Aquele que opera ético-criticamente deve (está obrigado a) libertar a vítima, como participante (por “situação” ou por “posição” – diria Gramsci) da própria comunidade a que pertence a vítima, por meio de (a) uma transformação factível dos momentos que causam a negatividade material (impedem algum aspecto da reprodução da vida) ou discursivo-formal (alguma simetria ou exclusão da participação) da vítima; e (b) a construção, através de mediações com factibilidade estratégico-instrumental críticas, de novas normas, ações, microestruturas, instituições ou até sistemas completos de eticidade onde essas vítimas possam viver, sendo participantes iguais e plenos (DUSSEL, 2002, p. 265).

Emerge, então, um dever ético de “libertar” as vítimas e/ou os vencidos do limbo histórico, aproximando a nossa narrativa de uma pesquisa abrangente que retrate todos os lados envolvidos nos eventos históricos, e não apenas aqueles que desses eventos saíram vencedores. Diante disso, o que se pretende é termos em conta a possibilidade de concebermos também novas concepções do sujeito que se diferenciem daquele indivíduo idealizado pela Europa burguesa, ou seja, deve-se ter em conta a existência “de outros ‘eu’ sugeridos por uma nova gramática de pertencimento e acolhimento num plano de ressignificação das alteridades perdidas” (HOFFMAN; MORAIS; ROMAGUERA, 2019, p. 256).

Esse dever ético para com as vítimas do esquecimento consiste em fornecer uma narrativa histórica realista que os inclua e na qual elas não sejam apenas os descendentes dos vencidos que colhem os frutos dessa derrota, mas ao contrário, que os faça sujeitos e narradores da própria história. Dussel menciona um princípio da libertação, que impõe a promoção de uma transformação que seja levada a cabo pela própria comunidade das vítimas, sendo sua responsabilidade contar suas histórias e dores. Esse princípio “se origina prático-materialmente como normatividade a partir da existência de certo poder ou capacidade (o ser) na dita vítima” (DUSSEL, 2002, p. 559).

Em outro momento, afirma que se deve levar em conta

[...] a realização prática positiva, ou a práxis da libertação propriamente dita, tem sempre por sujeito sócio-histórico próprio de referência a própria comunidade crítica das vítimas – seja qual for o rosto com que se revele – e está sempre a cargo da responsabilidade da própria comunidade das vítimas: é um ato de autolibertação de um sujeito histórico específico (DUSSEL, 2002, p. 265).

No entendimento do autor, dessa forma, o resgate de registros históricos e uma releitura deles sob a ótica dos vencidos tornam-se uma questão de libertação dos povos das amarras, costumes e cultura que foram impostos pelo invasor. Tal resgate significa a recuperação de toda uma narrativa e de uma revisitação ao passado, de forma que ele seja reconstruído, incluindo as dinâmicas propositalmente excluídas. Torna-se uma questão de recuperar a dignidade dos povos, conhecer suas raízes e se desfazer da marginalização das culturas preexistentes nas colônias. Essa crítica a um modelo ético hegemônico leva à constatação da existência das vítimas, evidencia a falsidade desse modelo, ao mesmo tempo que deixa claro a ausência da participação das vítimas nos processos decisórios, o que torna frágil a pretensão da formação dos consensos pretendidos pelo sistema ético dominante (CALDAS, COZERO, 2020, p. 6).

O que se observa atualmente é que o direito à memória e ao resgate das próprias raízes trata de um direito inerente aos direitos de personalidade, de um direito e garantia fundamental intrinsecamente ligado à democracia e direitos humanos. A existência de uma memória, de uma cultura e de uma história coletiva está intrinsecamente ligada à formação individual de uma identidade. O indivíduo desenvolve seus valores baseado nas instruções sociais que recebe no modo de vida e da sociedade em que está inserido, de modo que “a identidade do ser humano depende, portanto, da sua adesão a um determinado complexo de bens, que não são (pré)dados, mas hermeneuticamente construídos (desvelados) a partir de uma determinada facticidade e historicidade” (Moreira, 2010, p. 22) Nas palavras de Bedin e Tosi (2018, p. 299) quando se fala de direitos humanos “o pluralismo ideológico é a

base de uma formação que respeite os outros, as diferenças”, de maneira a ser necessária a defesa de tal pluralismo como forma de se garantir a dignidade e a identidade de todos os povos.

Embora atualmente muito se fale em globalização e na criação de uma suposta “aldeia global”, igualmente muito se tem falado em uma preservação de culturas, de modos de vida, de registros históricos e em uma tentativa de resgate do que foi perdido. É impossível falar em direito à memória sem falar em direitos humanos, em direito a uma identidade, a uma relação íntima com a própria cultura e com o próprio passado. “Não que o problema do multiculturalismo seja algo novo. É apenas uma realidade que se percebeu de forma mais substancial com o processo global de produção, operado a um só tempo, da sociabilidade e da barbárie” (LUCAS, 2013, p. 34)

Por essa razão a conexão entre as ideias de Walter Benjamin e Enrique Dussel são complementares e elucidativas. A teoria de uma memória crítica ao progresso, proposta por Benjamin, expõe que não é necessária a relação entre o que o progresso e a modernidade prometem e aquilo que provocam em termos de custos humanos naqueles que devem promover seus ideais. Nesse sentido, quando ele fala em “escovar a história a contrapelo”, traz uma necessidade de se recontar o passado trazendo à luz todos os “escombros”, todas as mazelas a que foram submetidos os povos eternamente vencidos na História. Já Dussel fala de uma libertação dos povos por meio de um resgate histórico daquilo que restou apagado, em termos benjaminianos de uma memória dos vencidos e colonizados, como uma forma de se desprender de um processo colonizador violento que dizimou fisicamente seus antepassados e que segue em um processo de apagamento da reminiscência desses diversos grupos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo que as produções intelectuais de Walter Benjamin e Enrique Dussel não sejam contemporâneas, elas guardam inegáveis paralelos, que podem, em certo sentido, ser resumidos numa preocupação absoluta em se recuperar a narrativa histórica em favor dos vencidos e colonizados, ou seja, que haja a possibilidade de uma nova história que seja coerente com os sofrimentos passados e nos torne atentos para aqueles que continuam presentes.

Por um lado, Benjamin apresenta uma teoria da memória política que é crítica à ideologia do progresso e que se opõe fortemente à pretensão da sua época em conceber uma linearidade histórica, rumo a um futuro que por si só traria o progresso e melhoria natural para a vida de todos. Tal postura implicava uma arrogância que fazia o presente ser visto sempre como algo superior ao passado, sendo essa marcha histórica de constante evolução algo inescapável e necessário. Ao se opor de modo enfático a essa perspectiva, Benjamin entendia que tudo aquilo que se apresentava como progresso tinha um preço, quase sempre pago por povos marginalizados, que viam aquilo que chamavam de progresso como a materialização explícita do que se conhece como barbárie. É nesse sentido que ele nos convida a “escovar a história a contrapelo”, desprendendo-se da narrativa oficial e observando todos os ângulos de todos os envolvidos no processo histórico.

Já Dussel mostra uma perspectiva similar à de Benjamin, com foco especial no estudo histórico dos efeitos da ideologia ocidental moderna, sobretudo na América Latina. O autor entende que a modernidade (ou progresso) supostamente trazida pelo colonizador não justi-

fica de modo algum seus efeitos colaterais deletérios provocados por toda exploração e toda invasão sofrida pelos povos colonizados. Para o autor, a história contada pelo colonizador era uma fábula, em que o povo colonizado era primitivo em sua cultura e foi “salvo” pela modernidade trazida pelo colonizador. Nesse sentido, ele irá questionar as ações tomadas no período colonial, endossando a necessidade de um resgate da memória dos povos colonizados, a fim de resgatar sua humanidade, cultura e de o povo colonizado estabelecer raízes com a sua ancestralidade roubada no processo colonial.

A necessidade de resgate à memória dos vencidos tem valor histórico não apenas para fins arqueológicos e de registro, mas para recontar, de maneira justa, a História da própria humanidade como um todo. Quando se permite que apenas os vencedores tenham o poder de determinar o que será dito na História e sua ótica torne-se a narrativa central, incorre-se no risco de registrar e contar a História de forma ficcional, em que há vilões e mocinhos e sempre os vencidos serão os vilões. O apego insistente à visão histórica exclusiva dos vencedores traz enormes riscos à vida social, visto que cria culturas marginalizadas, indesejáveis, “erradas”, legitimando a possibilidade de seu extermínio. Resgatar a memória dos vencidos, desapegando-se dos desígnios de progresso e modernidade, possibilita-nos uma análise mais ampla das dinâmicas sociais vigentes: permite-nos uma compreensão mais justa e equânime do presente, igualmente se constituindo em uma questão de dignidade.

No conto de Borges que trazemos na introdução desse texto, o personagem principal, ao se deparar com a possibilidade de uma nova narrativa para um fato histórico clássico se vê na necessidade de decidir entre manter o relato vigente e dominante ou revelar os novos detalhes que implicariam uma nova realidade. É essa escolha que também devemos fazer em favor de uma nova História, coerente e justa com os sofrimentos acumulados, reverente com seus autores e atores e, sobretudo, capaz de promover uma memória viva e narrada pelos vencidos sobre suas dores e suas heranças. Parafraseando os versos de Yeats que trazemos como epígrafe devemos reconhecer que muitas coisas apaixonantes e engenhosas se perderam e a possibilidade de que pudessem ser recontadas parecia um “milagre para a multidão”.

6 REFERÊNCIAS

- BEDIN, G.; TOSI, G. Direitos humanos: uma conquista civilizatória. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 6(12), p. 297-301, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.12.297-301>.
- BENJAMIN, Walter. *História da literatura e ciência da literatura*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2016.
- BENJAMIN, Walter. Marcel Brion, Bartolomé de Las Casas. “Padre de los índios”. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 2.099-2.101, 2020.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas*. magia e técnica: ensaios sobre literatura e história da cultura. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. *Sobre arte, técnica, linguagem e política*. Trad. Maria Luz Moita, Maria Amélia Cruz e Manuel Alberto. Prefácio Theodor Adorno. Lisboa: Antropos, 1992.
- BORGES CENTER. *The Tower*. University of Pittsburgh. Disponível em: <https://www.borges.pitt.edu/i/tower>. Acessado em 30 de set. de 2020.
- BORGES, Jorge Luis: *Ficções*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2005.
- BOUGANIN, Ami. *Walter Benjamin: le rêve de vivre*. Paris: Albin Michel, 2007.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1992.

- BRITANNICA. *Black and Tan*. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Black-and-Tan>. Acesso em: 5 out. 2020.
- CALDAS, Josiane; COZERO, Paula Talita. Voz das vítimas: a discursividade crítica em Dussel e o mecanismo de consulta da Convenção nº 169 da OIT. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/RjkgJRYvkvfK3JjCsXBgKtb/?lang=pt>. Acesso em: 30 jul. 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/48706
- CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre colonialismo*. São Paulo: Veneta, 2020.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DUSSEL, Enrique. En búsqueda del sentido (origen y desarrollo de una filosofía de la liberación). *Anthropos*, n. 180, 1998.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- DUSSEL, Enrique. 1413-4675. *Filosofazer*, Passo Fundo, v. 47, n. 2, p. 11-44, 2015a. Semestral.
- DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidade e eurocentrismo*. Buenos Aires: Clacso – Consejo Latino Americano de Ciencias Sociales, 2005.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la Liberación*. México: FCE, 2011.
- DUSSEL, Enrique. *Meditaciones anti-cartesianas: sobre el origen del anti-discurso filosófico de la modernidad*. *Revista Filosofazer*, n. 46, ano 15, Passo Fundo, 2015b.
- FANON, Frantz. *Os condenados da Terra*. Lisboa: Ulisseia Ilimitada, 1961.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- FREUD, Sigmund: *L'Homme Moïse et la religion monotheïste*. Paris: Gallimard, 1993.
- GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS. *Colonizar*. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v5-4/html/index.php#1. Acesso em: 5 out. 2020.
- HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; ROMAGUERA, Daniel Carneiro Leão. Direitos humanos na sociedade contemporânea: neoliberalismo e (pós)modernidade. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 1, p. 250-273, mar. 2019. Fap Unifesp (SciELO). DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/30740>
- LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, Roberto José Covaia. Giro decolonial e o direito: para além de amarras coloniais. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 4, p. 2.596-2.619, dez. 2019. Fap Unifesp (SciELO). DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/34117>
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de História”. São Paulo: Boitempo, 2005.
- LUCAS, Douglas Cesar. Os direitos humanos como mínimo ético para o diálogo intercultural. *Revista Direito em Debate*, 14 (24), 2013. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2005.24.p>
- LUCAS, Douglas Cesar. Apresentação. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 7 (14), p. 5-6. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.5-6>
- MATE, Reyes. *Meia noite na história: Comentários às teses de Walter Benjamin “ Sobre o Conceito de História”*. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2011.
- MIGNOLO, Walter D. Novas reflexões sobre ideia da América Latina: a direita, a esquerda e a opção descolonial. *Caderno CRH*, v. 21, n. 53, p. 239-252, mayo-agosto 2008.
- MISSAC, Pierre. L'Ange et l'automate: notes sur les “Thèses sur le concept d'histoire”. In: *Les Nouveaux Cahiers*, Paris, n. 41, p. 43-52, 1975.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; MOREIRA, Nelson Camatta. Constitucionalismo, Estado de direito e a invisibilidade social que “teima” em continuar. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 20, ed. 3, p. 11-30, set./dez. 2019.
- MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, ed. 8, p. 15-54, 2010.
- MOREIRA, Nelson Camatta; GOMES, Raoni Vieira. O julgamento da ADPF 153 pelo STF à luz da filosofia da memória política: narrar os fatos, juntar os trapos e lembrar para não esquecer. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 119, p. 363-396, nov. 2019.
- MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JÚNIOR, Ronaldo Felix. Os replicantes de nosso tempo – a violência estatal e a negação da igualdade e dignidade humana a partir da perspectiva da teoria crítica e da distopia na ficção científica. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 277-294, 22 dez. 2017.
- NASCIMENTO, Lyslei. *Borges e outros rabinos*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

- OLIVEIRA, Antonio Leal de. *O direito à memória como um dos fundamentos da dignidade humana: memória política e a justiça para as vítimas do progresso*. 2017. Tese (Doutorado) – PUC, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/32034/32034.PDF>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- OLIVEIRA, Antonio Leal de; GOMES, Raoni Vieira. Seletividade racial no sistema penal brasileiro: apontamentos para a reconstrução da memória racial nacional a partir das teses de Walter Benjamin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 135, 2017.
- SAID, Edward. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- SANTOS, Vanessa Sardinha dos. *Brasil escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/o-que-foi-perdido-no-incendio-museu-nacional.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.
- TURINI, Leide Alvarenga. A crítica da história linear e da ideia de progresso: um diálogo com Walter Benjamin e Edward Thompson. *Educação e Filosofia*, São Paulo, v. 18, n. 35/36, p. 93-125, jan. 2004.
- VALENTE, Rubens. *Os fuzis e as flechas: a história de sangue e resistência indígena na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- YEATS, W. B. *Nineteen Hundred and Nineteen*. Coleção The Tower, 1928. (Tradução do Poema *Mil novecentos e dezenove*).

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.10471>

REFLEXÕES SOBRE O POTENCIAL PEDAGÓGICO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS¹

Klever Paulo Leal Filpo

Autor correspondente. Universidade Católica de Petrópolis – Centro de Ciências Jurídicas. Rua Benjamim Constant, 213 – Centro. Petrópolis/RJ, Brasil. CEP 25610-130; Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. <http://lattes.cnpq.br/1619725989694017>.
<https://orcid.org/0000-0001-6882-4282>.
klever.filpo@yahoo.com.br

Geovana Faza da Silveira Fernandes

Universidade Estácio de Sá – Unesa; Universidade Federal Fluminense – UFF. Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

RESUMO

A proposta do artigo é refletir sobre o emprego da mediação para o tratamento de conflitos escolares e sobre a importância de uma educação *pela* mediação, considerando seu potencial pedagógico, e *para* a mediação, como condição de êxito para uma mudança de cultura e efetivação da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, no Brasil. Contém revisão bibliográfica conjugada com o relato de experiências empíricas.

Palavras-chave: Brasil; conflitos escolares; educação; mediação.

REFLECTING ON THE PEDAGOGICAL POTENTIAL OF CONFLICTS MEDIATION

ABSTRACT

The purpose of the article is to reflect on the use of conflict mediation for the treatment of school conflicts and on the importance of an education *through* mediation, considering its pedagogical potential, and *for* mediation, as a condition for the effectiveness of Brazilian National Policy for Appropriate Treatment of Conflicts of Interests. It contains a bibliographic review and the report of empirical experiences.

Keywords: Brazil; school conflicts; education; mediation.

Recebido em: 31/3/2020

Aceito em: 31/5/2021

¹ Pesquisa realizada no âmbito de um PPGD com recursos do CNPq-Brasil.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta do presente artigo é pensar em uma educação para a mediação como condição de êxito para a denominada Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, no Brasil, contendo o relato de algumas experiências empíricas.

A despeito de todo o entusiasmo em torno da iniciativa de incorporar formas consensuais de solução de conflitos no Brasil, sobre o que trataremos mais adiante, há resistências e dificuldades, de ordem cultural e também estrutural, que se colocam como obstáculos à efetivação dessa política pública. Um desses obstáculos, que nos interessa neste texto, é a ausência de uma educação para as formas consensuais de solução de conflitos, ou seja, de iniciativas que permitam formar pessoas para pensar de modo diferenciado (em relação às formas convencionais de solução de conflitos pelo Judiciário) os conflitos interpessoais, e preparadas para lidar com eles, utilizando, sobretudo, as ferramentas da mediação (BRAGA NETO, 2012).

Metodologicamente, o texto contém revisão bibliográfica conjugada com o relato de experiências e dados de campo obtidos por meio de pesquisa empírica qualitativa que temos conduzido, com recursos do CNPq/Brasil (Chamada Universal 2016).² Nossas abordagens empíricas incluem estudo de casos e observações realizadas com o objetivo de compreender o que faz com que um conflito surgido na escola seja judicializado, e os mecanismos acionados na tentativa de administrá-lo. Interessa também identificar, compreender e descrever a utilização (ou não) de formas consensuais de tratamento desses conflitos e os caminhos que seguem no sistema de justiça. O local da pesquisa é o município de Petrópolis, Rio de Janeiro, onde é desenvolvida no âmbito de um Programa de Pós-Graduação em Direito, envolvendo mestrandos e graduandos na área, voluntários e bolsistas.

Uma das questões que tem sobressaído na pesquisa é que há, no Brasil, uma cultura jurídica bastante arraigada (NICÁCIO, 2012) no sentido de que a solução de conflitos é tarefa do juiz. Modificar essa percepção demanda uma formação mais ampla para o consenso – em vez do litígio – tendo como destinatários não apenas os profissionais de formação jurídica, mas a população em geral. Essa constatação leva a uma pergunta que pretendemos explorar aqui: Tal formação, no contexto de um movimento nacional pelas soluções adequadas para os conflitos, não seria também um papel da escola?

Em nosso esforço para responder a essa pergunta, neste artigo, passaremos pela análise da Política Nacional de Tratamento Adequado aos Conflitos de Interesses, para, após, contextualizá-la no quadro mais amplo de transição de paradigmas e seu impacto na forma de se tratar fenômenos conflitivos. Essa mudança leva à adoção da mediação, bem como de outros meios consensuais, tanto no contexto do poder Judiciário quanto nas comunidades e escolas. Refletiremos, também, sobre a mediação como instrumento pedagógico e fomentador de uma mudança de cultura, de uma cultura beligerante para outra mais pacífica.

Feito um breve percurso teórico, traremos considerações, a partir de experiências de campo, como forma de exemplificar como a mediação pode ser aplicada no contexto escolar

² Este texto é resultado de discussão permanente que temos estabelecido em diversos espaços acadêmicos e educacionais, enfocando aspectos culturais e jurídicos da mediação de conflitos, fruto de pesquisa realizada com recursos do CNPq-Brasil (Edital Universal 2016).

e também o hiato existente entre o que pensamos ser ideal e o que a realidade mostra. A efetivação da política pública de tratamento adequado para os conflitos de interesse necessita ser objeto de reflexões, levando-se em conta tanto o arcabouço teórico que reveste o tema quanto alguns dados obtidos em pesquisa de campo, que analisam as formas de sua efetivação, impactos e disseminação, e este é, enfim, o objetivo central da presente contribuição.

2 POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO PARA OS CONFLITOS DE INTERESSE NO BRASIL

No campo da administração de conflitos sociais, vivemos hoje, no Brasil, sob os influxos da chamada Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, que vem estimulando a utilização de meios consensuais, como a conciliação e a mediação, em diferentes contextos (MELLO; BAPTISTA, 2011).

Segundo Gianezi (2017), estabelecer um conceito unívoco de política pública é algo complexo, pois “não há uma teoria completa e definida sobre o tema, mas sim vários conceitos que formam o que pode ser traduzido como política pública.” A mesma autora informa que as políticas públicas estão diretamente associadas ao Estado, contudo há outros atores que agem na sua construção, tanto no âmbito privado como público. E propõe:

A partir dessas constatações, as políticas públicas são, então, espaços (ou campos) que contemplam conhecimentos teóricos – da parte da academia – e empíricos – emanados mediante discursos de cidadãos que procuram promover a ação governamental ou recomendar possíveis alterações nessas ações. Destarte, as políticas públicas são, em verdade, as intenções governamentais que produzirão transformações profundas ou artificiais no mundo real (GIANEZINI, 2017, p. 1.070).

Temos sustentado que todos os esforços que vêm sendo empreendidos, aproximadamente nos últimos 15 anos, a fim de disseminar o emprego de métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil como alternativa aos serviços judiciais prestados pelo Estado, podem ser considerados uma política pública. Tal política foi em muito influenciada pela atuação do Judiciário desde a criação do Conselho Nacional de Justiça (2004), consolidando-se a partir da Res. 125/2010 desse Conselho (NUNES, 2014). Sob a ótica do poder Judiciário, parece haver a intenção de evitar ao máximo a judicialização das disputas, preferindo que estas sejam contornadas, administradas ou mesmo solucionadas por outras vias, como a mediação extrajudicial (FILPO, 2016).

Nessa medida tem-se buscado estimular, de diversas maneiras, as chamadas soluções amigáveis ou não adversariais (AZEVEDO, 2012) para os conflitos de interesses, em diferentes contextos. A Lei 13.105/2015 absorveu essa proposta ao incluir, no procedimento comum cível (artigo 334) a obrigatoriedade de realizar audiências de mediação quando as partes em conflito estão ligadas em relações continuadas (de família e de vizinhança, por exemplo). Ou ainda, antes, quando o artigo 3º do Código convoca todos os atores processuais para incentivarem o emprego das soluções consensuais para os conflitos. Por outro lado, a Lei de Mediação (13.140/2015) buscou regulamentar o emprego da mediação nos mais diferentes contextos, tanto em sede judicial como extrajudicial, chegando ao ponto de autorizar que se realize para dirimir conflitos envolvendo a administração pública, quando se tratar de direitos indisponíveis, mas que comportem transação. Ressalte-se, também, a edição da Res. 225/2016,

que insere no quadro da política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses a justiça restaurativa.

A Res. 225/2016 releva a fundamentação da adoção da Justiça Restaurativa no direito ao acesso formal e substancial à Justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao argumento de que, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, ele “implica o acesso a soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa” (BRASIL, 2016), sejam esses praticados dentro da estrutura judiciária ou fora dela, em ambientes comunitários, escolares, etc.

Convém frisar, ainda, que nos considerandos da norma, o CNJ pontua a importância de se levar em conta, para fins de administração dos conflitos e de cenários de violência, não somente “aspectos relacionais individuais, mas também os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados” (BRASIL, 2016). Nota-se, portanto, um esforço do poder público em estimular e fomentar práticas consensuais para além da arena institucional.

O estímulo a essa política e sua sedimentação no âmbito institucional, tão somente, não se mostram suficientes para a promoção de transformações significativas na forma como administramos nossos conflitos, ou seja, para que haja uma profunda conscientização acerca da importância da colaboração e do diálogo ético nos processos de resolução das controvérsias.

Nessa esteira, sustenta Kazuo Watanabe que os esforços devem ser acompanhados de mudança de mentalidade e de uma nova compreensão da realidade sociopolítica e econômica (1988, p. 129), sem a qual as mudanças estruturais e institucionais não adiantariam muito para auxiliar a compreensão acerca da importância dos métodos consensuais de resolução de conflitos. O jurista salienta, ainda, que “não se organiza uma justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais”.

Considerando, pois, o contexto sociopolítico e econômico brasileiro, é necessário manter uma postura humilde diante dos incentivos à adoção dos meios consensuais como instrumentos de pacificação, fazendo-se necessário reconhecermos seus limites, principalmente se levarmos em conta as grandes desigualdades sociais e os problemas estruturais da sociedade brasileira, cujas raízes são profundas, demandando olhares para além da administração dos conflitos pelo poder Judiciário. De todo modo, há que se reconhecer que, em longo prazo, a adoção sistematizada desse método de resolução de conflitos, em diversos campos que não somente no limite institucional, pode trazer *benefícios* em termos de empoderamento dos cidadãos, inclusão, educação e reconhecimento mútuo, que contribuem para a superação de fenômenos violentos e para a construção de práticas para a paz. São algumas das promessas da mediação, que dão suporte às reflexões aqui lançadas.

Em poucas linhas justifica-se, pois, a adoção da mediação em arenas externas ao poder Judiciário, e mesmo alheias à presença autoritária do próprio Estado, em sua face coercitiva. E por que a mediação em âmbito escolar? Aqui, saliente-se que, embora esteja implícito dentro desse movimento que a mediação teria ampla utilização na administração de variados tipos de conflitos, vem se consolidando a percepção de que ela seria mais adequada para

tratar daquelas disputas em que as partes, após a solução do problema específico, tenham de continuar se relacionando, como acontece entre vizinhos, entre pais separados com filhos, entre estudantes de uma mesma escola, membros de uma mesma agremiação, entre outros exemplos. É o que se denomina relações continuadas (AZEVEDO, 2012). Essa ideia foi, inclusive, trazida para o campo normativo pelo Código de Processo Civil, sedimentando a noção de que esse método é potencialmente mais adequado para as chamadas relações de múltiplos vínculos ou multiplexas, pressupondo que seu conteúdo emocional seja mais complexo, demandando, portanto, abordagens que permitam a consideração de questões subjacentes ao conflito expresso.

Os conflitos escolares parecem encaixar-se no contexto de relações continuadas, em que se recomenda o uso da mediação em lugar das soluções judiciais. Até mesmo para evitar que os jovens envolvidos em conflitos de diferentes naturezas acabem ingressando no sistema de Justiça, em vez de serem buscadas soluções educativas, próprias para a sua idade e formação.

O que se está denominando de conflitos escolares são aqueles que surgem no ambiente ou a partir das relações inerentes às atividades da escola, envolvendo alunos, professores, pais, responsáveis e outros atores. Em tais situações, recomenda-se que as próprias partes encontrem a melhor saída, em vez de esta ser imposta pelo Estado-Juiz (SIMIÃO, 2010; MARTÍN, 2011), o que pode, inclusive, trazer consequências severas e indesejadas para esses jovens.

3 MEDIAÇÃO E MUDANÇA DE PARADIGMAS

A proposta de construir sociedades mais pacíficas passa pela conscientização de seus membros acerca da necessidade de se adotar métodos também mais pacíficos de resolução de conflitos. Podemos dizer que a forma preponderante como uma sociedade resolve seus conflitos diz muito de sua cultura, seus valores, do grau de realização dos direitos fundamentais. Nesse ponto, o que o quantitativo de 78 milhões de processos em tramitação no Brasil, segundo estatística publicada pelo CNJ em 2019, pode significar?³

Essa intensa hiperjudicialização possui raízes históricas, ligadas a processos de exclusão social, de violência estrutural, desigualdades, baixa densidade democrática, desempoderamento dos cidadãos. É senso comum afirmar que o fortalecimento da cultura de paz está intimamente ligado a transformações culturais, e que essas dependem, intrinsecamente, de mudanças nos cenários educacionais. Daí a importância da promoção de programas educacionais para os direitos humanos, de criação de espaços verdadeiramente participativos para as tomadas de decisão e resolução de controvérsias. Espaços de escuta e de vivência real da cidadania. E nada melhor do que começar na escola, ensinando a nossas crianças e jovens novas formas de se relacionarem com os demais quando o entendimento cede espaço para a disputa e para o conflito.

A mediação escolar, portanto, tem um escopo mais amplo do que a resolução de conflitos em contextos educacionais, ou seja, ela visa à preparação de nossos jovens para o exercí-

³ Conferir Relatório Justiça em Números do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

cio da cidadania, participativa e direcionada à resolução pacífica das controvérsias e à prevenção da escalada da violência. E como isso é possível?

Aqui, a questão que se pode colocar diz respeito a como lidar com um conflito, de modo a potencializar seu poder transformador, convertendo-o em possibilidade de empoderamento, educação, construção de contextos mais pacíficos. John Paul Lederach propõe um método de transformação que intervém de forma a “produzir abordagens que minimizem os efeitos disfuncionais da comunicação e valorizem a compreensão mútua, trabalhando o contexto e os padrões dos relacionamentos que geraram o problema” (LEDERACH, 2012, p. 12), o que permite, segundo o sociólogo e mediador de conflitos complexos, tornar conscientes as capacidades dos indivíduos e prepará-los positivamente para lidar de forma construtiva com problemas futuros, independentemente de sua complexidade.

No contexto de uma sociedade complexa, cujos problemas são interconectados e interdependentes (CAPRA, 2014), faz-se necessária a adoção de meios de tratamento de conflitos que possam abarcar a complexidade dos dissensos, as particularidades socioculturais dos envolvidos e a exigência maior de participação direta dos interessados na construção das soluções. O século 21, conforme muitos teóricos de diversos campos afirmam, demanda uma “mudança radical em nossa percepção, em nosso pensamento e em nossos valores”, [...] por estarmos, justamente, no “princípio dessa mudança fundamental de visão de mundo na ciência e na sociedade, uma mudança de paradigmas tão radical quanto a revolução copernicana” (CAPRA; LUISI, 2014, p. 13).

Nesse horizonte é que deslindam as práticas autocompositivas, entre as quais encontra-se a mediação, que devem ser lentamente incorporadas na prática cotidiana de comunicação, desde a tenra idade, como estratégia de despolarização da comunicação entre confrontantes, na busca de um diálogo transformador que possibilite o entendimento, respeitando a alteridade existente em cada pessoa. Essa mudança de paradigmas se faz sentir em todos os campos do conhecimento humano: nas ciências naturais e também sociais (CAPRA; LUISI, 2014). No campo da Sociologia, do Direito, e aqui pode-se falar em um “novo Direito”, as mudanças impactam na forma de se pensar o Estado e suas áreas de intervenção, na forma de delimitamento da cidadania, no trato dos cidadãos e até na consideração de “quem é cidadão”, e também nas formas de se administrar os conflitos, desde cedo.

É justamente nesse cenário que se inserem os meios autocompositivos de resolução de demandas, centrados na colaboração. Diante da sobredita mudança paradigmática, no entanto, a ideia de competição como forma de sobrevivência, não obstante tenha reinado em diversos momentos do pensamento científico, a exemplo da teoria da darwiniana da evolução, entra em declínio, e a constatação de que o planeta é um sistema vivo e autorregulador, composto de relações inseparáveis e interdependentes, impacta não somente as Ciências Naturais, mas também as interações sociais (CAPRA; LUISI, 2014), entre elas as formas de administração de conflitos. Na esteira de Capra e Luisi,

a evolução não é mais considerada como uma luta competitiva pela existência, mas, em vez disso, é reconhecida como uma dança cooperativa na qual a criatividade e a constante emergência da novidade são as forças propulsoras. E, com a nova ênfase na complexidade, nas redes e nos padrões de organização uma nova ciência da qualidade está lentamente emergindo (CAPRA; LUISI, 2014, p. 14).

Nesse contexto insere-se a mediação, centrada na colaboração, no pensamento que se processa por meios de relações e contextos, de consideração do ambiente interno do conflito e também externo, que alberga situações que impactam sobremaneira a dinâmica conflitiva, servindo ora de combustível ora de oportunidade de solução. Importa, aqui, ressaltar que a mediação foca nas dinâmicas colaborativas, no diálogo, nas narrativas, na busca do entendimento e das considerações dos aspectos subjacentes à demanda, que chamamos, no Direito, de lide sociológica.

Essa via de resolução consensual é uma forma de instaurar a comunicação rompida entre as partes em razão da posição antagônica instituída pela disputa, uma vez que facilita a expressão do dissenso, definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um entendimento comunicativo (SPENGLER, 2007, p. 343), buscando-se ganhos mútuos a partir da cooperação e da ideia de que os envolvidos, nesse cenário, não possuem estritamente interesses opostos, mas sim interesses que podem ser coadunados, principalmente em casos de relações continuadas e múltiplos vínculos (AXELROD, 2006).

Segundo Spengler e Lucas (2012, p. 62), a mediação também foca na autonomização dos confrontantes na busca por uma resposta consensuada e compartilhada, com fundamento em estruturas de bases de diálogos transformadores, de práticas comunicativas não violentas, de narrativas e da escuta profunda. Seu principal desafio, portanto, não é resolver o conflito, também “não é gerar relações calorosas, aconchegantes ou uma ordem harmoniosa, mas sim encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica, na qual os indivíduos possam falar e ouvir a parte contrária sem, contudo, perceberem-se como rivais” (SPENGLER, 2012, p. 165). Se é pelo diálogo que surgem as bases do conflito, então o diálogo pode ser a melhor opção para tratar das realidades conflitantes (SPENGLER, 2010, p. 1), reduzindo o potencial de hostilidade, de conflito e agressão. Por isso, o que a mediação busca é o diálogo transformador, aquele que modifica a relação, é a devolução do conflito para as partes, que contribuiram para a espiral do dissenso, é a conscientização acerca da necessidade de se despir dos preconceitos e da postura inflexível para que seja possível olhar para o outro com sensibilidade e disposição para compreendê-lo (SPENGLER; LUCAS, 2012, p. 62).

Reconhece-se, no entanto, que a busca pela colaboração quando estamos em um conflito é empreendimento difícil. Nesse ponto, a questão que se coloca, para fins de reflexão, é justamente como buscar a cooperação entre os envolvidos sem a figura central de uma autoridade, sem que haja imposição. Esse questionamento é levantado por Robert Axelrod, na obra *“The Evolution of Cooperation”*, publicada na década de 80 e reeditada em 2006. Axelrod realizou uma série de experimentos a partir da dinâmica conhecida como “Dilema do Prisioneiro” com pessoas de todo o mundo.

Axelrod objetivou buscar a resposta para a questão: Em um mundo onde qualquer estratégia é possível, onde há tanto egoísmo e onde a cooperação é aparentemente baseada somente na reciprocidade, que condições seriam necessárias para alimentar a cooperação (AXELROD, 2006, p. viii)? Esse questionamento o levou a uma perspectiva evolucionária: a consideração de como a cooperação pode emergir entre as pessoas sem uma autoridade central.

Após pesquisar sobre a evolução da cooperação em um contexto social, o cientista político percebeu que as descobertas também tinham implicações para a evolução biológica.⁴ Desse modo, abriu suas pesquisas para um campo interdisciplinar, no qual inseriu biólogos, matemáticos, cientistas sociais e também uma audiência mais vasta, interessada em entender as condições que podem estimular a cooperação entre indivíduos, organizações e nações.⁵ Questões afetas às dinâmicas cooperativas, pois, têm sido centrais para diversos campos das ciências: política, social, antropológica, econômica, biológica, etc. E na arena da mediação, ela coloca-se como ponto central.

Os meios consensuais lastreiam-se na aproximação dos envolvidos, no seu engajamento, razão pela qual entendemos que não deve haver imposição coercitiva para sua adoção, mas sim liberdade de escolha. Sem essa liberdade o engajamento colaborativo resta prejudicado, minando a confiança e a reciprocidade. Desse modo, o terceiro facilitador deverá, por meio de técnicas e abordagens apropriadas, estimular a cooperação e o diálogo construtivo, fazendo mais do que uma referência a um procedimento consensual, solidário, de mútua composição, sendo indispensável que traga para o campo da resolução a ideia de alteridade, que diz respeito a uma possibilidade de transformar o conflito e de se deixar transformar por ele, graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocar-se em seu lugar para entendê-lo e a si mesmos (WARAT, 2004b, p. 62). Nos dizeres de Fabiana Marion Spengler e Douglas César Lucas (2012, p. 54):

Tudo isso se dá porque para entabular um diálogo transformador e restabelecer/estabelecer a comunicação rompida ou até então inexistente é preciso se despir dos preconceitos e da postura inflexível e olhar para o outro com um mínimo de sensibilidade e disposição para compreendê-lo, respeitando a sua identidade.

É a alteridade, a outridade, como possibilidade de transformação do conflito (WARAT, 2004b, p. 62). Vistas por essas lentes, a mediação, bem como a justiça restaurativa podem ser consideradas a partir da ética da alteridade: da recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade, da dignidade do outro.

Essa mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção dos mesmos. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagonicas como complementares, e o Direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos (WARAT, 2004b, p. 55).

⁴ “Yet we also know that cooperation does occur and that our civilization is based upon it. But, in situations where each individual has an incentive to be selfish, how can cooperation ever develop?” (AXELROD, 2006, p. 3). Não obstante, Hobbes, por exemplo, defendeu que não há como haver cooperação sem que houvesse uma forte autoridade, ou seja, um governo forte fazia-se necessário para a estabilização por meio da cooperação. No campo da Biologia, a própria teoria da evolução, de Darwin, é lastreada na competição e na predominância do mais forte. A ideia de competição, portanto, encontra-se fortemente arraigada no *ethos* social, seja por razões biológicas, seja por costumes sociais, o que torna a adoção da colaboração e cooperação mútua tarefa difícil.

⁵ Infere-se que essas perspectivas multidisciplinares infiltram-se no Direito, como não poderia deixar de ser, considerando a visão sistêmica da vida e, portanto, dos fenômenos não somente naturais (biológicos, fisiológicos etc), mas também dos fenômenos sociais.

Esse discurso não é inocente e nem desconsidera o olhar para si mesmo e a autoconsideração. A alteridade e a consideração da dignidade do outro podem coexistir, claro, com a perseguição por interesses individuais. E serão elas que permitirão uma atuação colaborativa na busca por ganhos mútuos, ainda que cada envolvido esteja buscando seus próprios interesses. É imperioso, portanto, forçar essa noção de alteridade, tão relegada pelo mecanicismo cartesiano do século 17 ao século 20 (CAPRA; LUISI, 2004, p. 14) pela modernidade egocêntrica, reducionista, manipuladora, segundo Warat (2004b, p. 145), que ressalta também que a modernidade acabou por diluir o outro em sua alteridade, adotando modelos de egos coletivos ou egos-padrões. Modernidade essa que reforçou, e ainda reforça, uma justiça baseada na punição para os comportamentos disfuncionais.

Assim, a adoção do paradigma sistêmico ou holístico, em contraposição ao individualismo mecanicista da modernidade, pautado em uma racionalidade instrumental, impacta na visão dos meios de resolução de conflitos, trazendo para seu contexto uma visão sistêmica, que não é linear. Vale trazer à baila, nesse ponto, reflexão de Capra e Luisi (2004, p. 15) acerca da visão sistêmica, que deve ser levada em conta quando da análise da mediação:

Uma característica central da visão sistêmica é sua não linearidade: todos os sistemas vivos são redes complexas – isto é, são, em um alto grau, não lineares; e há incontáveis interconexões entre as dimensões biológicas, cognitivas, sociais e ecológicas da vida. Desse modo, um arcabouço conceitual que integre essas muitas dimensões sem dúvida refletirá a não linearidade inerente à vida.

Por conseguinte, se a partida ocorre da premissa da não linearidade inerente à vida, pode-se transpor essa noção para o campo dos conflitos. Eles também seguem essa não linearidade, que pode ser vista e considerada na seara da mediação, principalmente em razão de sua informalidade e dos princípios interdisciplinares a ela inerentes, que possibilitam que considerações acerca das dimensões biológicas, cognitivas, sociais e ecológicas da vida sejam consideradas, permitindo uma solução igualmente sistêmica, que contribua para uma estabilização e até uma pacificação mais duradoura.⁶

Colocadas nessa moldura contemporânea, as finalidades primordiais da mediação são: responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une e devolver-lhes o protagonismo na construção criativa das soluções. Essa moldura é fundamentada, em síntese, pela ética da alteridade, pela visão sistêmica que considera a interconexão e interdependência dos fenômenos, naturais e sociais, pelo objetivo de se aparar as arestas e divergências, com vistas à compreensão das emoções reprimidas, pela comunicação direcionada ao entendimento e que atenda aos interesses das partes, e pelo reconhecimento mútuo.

As técnicas utilizadas na mediação, portanto, buscam a substituição da negociação conflitiva, distributiva, pela resolução cooperativa e integradora dos problemas. Por elas, os indivíduos são encorajados a ouvir e a entender os pensamentos e sentimentos uns dos outros, sendo estimulados a gerar opções de ganhos múltiplos e a trabalhar juntos para se chegar a

⁶ Algumas teorias reforçam a colaboração: é melhor encarar o perigo juntos, pois há força nos números (HICKS, 2011, p. 8). Ou seja, na colaboração há força de superação, mais do que na individualidade. Cientistas têm ancorado essa perspectiva nas funções cerebrais e também os mecanismos de sobrevivência da espécie humana no decorrer dos milênios. Conferir: Hicks (2011); Axelrod (2006); Capra e Luisi (2004); Harari (2007).

uma resposta que seja boa para ambos. A mediação, pois, como espécie do gênero “métodos autocompositivos”, é um procedimento democrático porque dissolve os marcos da autoridade, da coerção, determinados por referências normativas que privilegiam a verdade formal e a imposição da solução por um terceiro alheio ao conflito. Ademais, acolhe a desordem e considera o conflito como possibilidade positiva de transformação social (POZZATTI JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 699). É também democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro, apostando na forma compartilhada e consensual, que tenha por base o diálogo inclusivo e fraterno. E é nessa moldura mais ampla, de transição paradigmática, que se coloca a mediação escolar, como subespécie da mediação.

No contexto específico da escola, Alvaro Chrispino *et al.* (2019, p. 513) defendem que a mediação escolar é uma forma de “organizar comunidades escolares em torno de interesses comuns, promovendo a convivência harmoniosa baseada no respeito mútuo e na cooperação – valores fundamentais da cultura de paz”. Esse método pacífico de resolução de conflito, se inserido nas escolas, constitui lócus de escuta, de equacionamento de diferenças, permitindo não somente a consideração dos contextos subjacentes aos comportamentos dissonantes, como também oportunidades para que os jovens desenvolvam habilidades sociais, emocionais e cognitivas, promovendo, por outro lado, o crescimento moral, a partir da valorização do outro e de si mesmo e do reconhecimento mútuo. Esse caráter pedagógico da mediação é ressaltado por Bush e Folger, sendo, inclusive a tônica da Escola Transformativa (1994).

Se utilizada nos conflitos escolares, a mediação pode ser instrumento de desenvolvimento de competências colaborativas por parte dos alunos, dos discentes, dos administradores e dos colaboradores e demais envolvidos no contexto escolar, promovendo novo olhar para dinâmicas que retroalimentam espirais destrutivas de disputas e de violência e propondo diferentes formas de se lidar com situações conflituosas, a partir de uma abordagem dialógica, direcionada à construção do consenso a partir da utilização de técnicas que estimulem o fortalecimento da empatia, da responsabilização, do reconhecimento mútuo e do empoderamento.

As escolas, em sua maioria, ainda trabalham sob o viés retributivo, verticalizado, baseando-se num saber que tem força de lei, “um sistema de valor e de ação que se apresenta como a expressão de uma verdade absoluta” (CHRISPINO *et al.*, 2019, p. 518) explicitada em regras de conduta que, se descumpridas, acarretam sanções. A regra, portanto, é a punição, baseada em uma justiça retributiva, não havendo espaço para a escuta das histórias que levam às condutas dissonantes. E a punição não garante, por si só, a conscientização e a mudança de comportamento, a responsabilização e a real noção acerca das consequências de um comportamento danoso. Sozinha ela exclui, envergonha, aliena e não necessariamente considera as necessidades de quem sofreu com o ato danoso e de quem o praticou.

A punição mais esgarça o tecido social, não contribuindo para sua recomposição e para a tomada de consciência, amadurecimento, autorresponsabilização de quem a sofre. Em se tratando de jovens, principalmente, ela não ensina, podendo causar maior revolta e incrementar mais ainda espirais de exclusão e de violência.

Ante essas considerações é que a mediação, juntamente com a justiça restaurativa no ambiente escolar, mostram-se como vias mais adequadas, eis que visam, justamente, a contribuir para a superação do paradigma punitivo e surdo aos verdadeiros anseios dos envolvidos e dos afetados, e para o fortalecimento da alteridade, da restauração e da transformação

das relações. E aqui buscaremos mostrar que a visão tradicional, calcada no binômio prêmio-castigo, não produz mudanças estruturais e transformações que propiciem verdadeiras mudanças positivas de comportamentos, perdendo-se oportunidades de construção de modelos cooperativos, participativos e inclusivos, que auxiliam na resolução pacífica das controvérsias, contribuindo para a formação de cidadãos conscientes de seu poder de autodeterminação e de replicadores da filosofia da mediação.

O ambiente escolar, portanto, é ideal para se “capacitar as pessoas a conviver com respeito, interdependência, responsabilidade e cooperação, que são os princípios básicos da cultura de paz e também da mediação” (CHRISPINO *et al.*, 2019, p. 527). Capacitando os jovens e ensinando-lhes novas formas de lidar com as diferenças e com o conflito de interesses estaremos contribuindo para a tão almejada mudança cultural, de uma cultura combativa e litigante para outra mais cooperativa, sensível às diferenças, inclusiva e pacífica.

Se aqui caminhamos na trilha da defesa da mediação como método mais adequado à resolução de conflitos escolares, mister se faz trazer um conceito de mediação, mesmo já tendo sido objeto de delimitação conceitual por diplomas legais. Aqui, consideramos mediação como uma forma de se resolver disputas (ou de tratar conflitos), facilitada por um terceiro imparcial, que auxilia as pessoas envolvidas a alcançar um entendimento, a partir da escuta dos interesses subjacentes, da possibilidade de expressão de emoções e da escuta das histórias que se escondem por trás das posições assumidas. A mediação é desenhada para que todos os envolvidos sintam-se tratados com respeito, com consideração, na medida em que deve se desenvolver em um ambiente seguro, confidencial, imparcial, acolhedor. Na mediação, as partes devem ser tratadas como iguais, possuidoras da mesma dignidade, com igual oportunidade de fala e escuta, deixando-se sempre claro que são elas que melhor podem construir a solução para seu conflito. O mediador, como catalisador das relações, deve ser responsável pelo processo, mas não pelo resultado, que é produto das interações construtivas entre as partes. O procedimento, portanto, deve ser claro, justo e respeitoso. Somente observando-se esses pressupostos os indivíduos passam a sentir confiança no espaço e no mediador.

Trazemos também um outro conceito, segundo o qual mediação constitui-se em um “processo estruturado de facilitação da comunicação entre os opositores, visando reduzir as tensões emocionais para que possam criar cooperativamente alternativas de solução que sejam mutuamente satisfatórias, justas e duradouras” (CHRISPINO *et al.*, 2019, p. 527).

Para que haja colaboração, porém, a confiança é fundamental, eis que, quando um indivíduo provoca um dano, quando fere outro indivíduo, há uma ruptura da confiança e da segurança necessárias à estabilização das relações e à disposição para a escuta autêntica. Um passo importante, pois, é trabalhar para se restabelecer a confiança, ou desconstruir a desconfiança entre as partes envolvidas. O papel do mediador, portanto, é assegurar um espaço para que a confiança mútua possa ser trabalhada, reconstruída na melhor medida possível. Trabalho árduo esse, mas necessário para que o diálogo possa ocorrer de forma respeitosa e para que cada qual reconheça sua responsabilidade em razão de suas condutas.

Assim, partindo dessas colocações, passamos à análise de alguns exemplos de conflitos escolares, colhidos a partir de pesquisas de campo, para fins de fundamentar a posição aqui adotada, de defesa da mediação escolar, como instrumento pedagógico para a formação de jovens conscientes de seu papel na construção da cultura de paz e de replicadores da filosofia da mediação.

4 ALGUNS CONFLITOS ESCOLARES EM PERSPECTIVA EMPÍRICA

A oportunidade de pesquisar formas de administração de conflitos escolares surgiu quando tivemos contato com o seguinte caso de mediação escolar, envolvendo disputa entre duas estudantes de uma escola particular da cidade de Petrópolis-RJ. Esse caso é particularmente significativo e paradigmático, razão pela qual temos feito referência a ele como um ponto de partida em nossas reflexões sobre o tema, tratando-se do relato de uma experiência prática.

Ao sermos chamados para intervir no caso, mediar o conflito, havia uma rixa entre as duas estudantes perpetuada por meses, que por pouco não descambou em agressões físicas, revelando-se um exemplo de incremento de espiral destrutiva, que se iniciou com um dissenso. Como uma das estudantes era um pouco mais velha e visivelmente mais alta e forte do que a sua rival, esta última ficou intimidada, passando a apresentar queda de rendimento escolar. Sua mãe também relatou que a filha, geralmente uma estudante assídua e interessada, passou a inventar desculpas para não ir à escola, queixando-se com frequência de dores de cabeça e enjoos como justificativas para permanecer em casa.

A situação poderia ser encaixada no conceito de *bullying* que, segundo Teixeira (2011), pode ser definido como o comportamento agressivo entre estudantes. São atos de agressão física, verbal, moral ou psicológica que ocorrem de modo repetitivo, sem motivação evidente, praticados por um ou vários estudantes contra outro indivíduo, em uma relação desigual de poder, normalmente dentro da escola. Ocorre principalmente em sala de aula e no horário do recreio (ALMEIDA, 2011).

Preocupada, a mãe procurou os dirigentes da escola e ficou sabendo que a desavença teria sido causada por um comentário feito durante um intervalo a respeito do interesse comum por um rapaz, a partir do qual as estudantes, antes boas colegas, tornaram-se rivais. Os pais das estudantes foram chamados à escola e, juntamente com os seus dirigentes e um mediador, construíram uma solução pacífica entre elas. As reuniões, em um total de três, realizadas durante aproximadamente duas semanas, culminaram com o compromisso de que cada uma, dali por diante, respeitaria o espaço da outra, evitando novas agressões. O problema foi contornado.

Uma das mães admitiu, ao final da última reunião, que pensara em transferir a filha para outro estabelecimento e que já contratara um advogado para ajuizar ação contra a escola e os pais da aluna desafeta de sua filha, pois não enxergava outra solução para o problema, mas ficou satisfeita com o resultado da mediação e desistiu de intentar a ação. A despeito disso, seu relato deixou evidenciado que o seu primeiro impulso apontou para via judicial como a solução para a questão que tanto afligia sua filha.

Nessa situação observada, um método consensual e extrajudicial, conduzido no próprio ambiente escolar, com a intervenção de terceiros, mediante o emprego de técnicas de mediação (BRAGA NETO, 2012), conseguiu evitar o ajuizamento de uma ação que, possivelmente, poderia ser muito mais prejudicial (custosa e demorada) para os envolvidos, além do que, por ser o procedimento adjudicatório acentuadamente polarizado e adversarial, ele acabaria esgarçando mais ainda as relações, por levar sempre a uma solução de soma-zero, ou perde-ganha, o que gera mais insatisfação e até revolta. Segundo as dirigentes da escola, essa forma

de tratar o conflito apresentou um aspecto pedagógico, propondo modificação de comportamentos e de percepções, aprendido quanto a métodos mais pacíficos de resolução das contendas e restabelecendo as condições para uma convivência mais pacífica entre as estudantes, sem necessidade de providências mais severas. Essas são algumas das características da mediação, enaltecidas por autores como Warat (2004b; 2011), Azevedo (2012) e Vezulla (2013).

Em contato com estudantes de Ensino Médio que participam como Jovens Talentos em nosso grupo de pesquisa em Petrópolis, RJ, no entanto, percebemos que as iniciativas que envolvem a abordagem e tratamento do conflito em sede escolar, antes de se tornarem ações judiciais, não são tão comuns. Geralmente, talvez por falta de treinamento/capacitação adequada para esse tipo de intervenção, ou até de consciência acerca de sua potencialidade gerativa de mudanças de conduta, a postura da escola e seus dirigentes mostra-se mais como se fossem espectadores, não enxergando, a si próprios, como administradores ou solucionadores de conflitos. Evita-se o enfrentamento e, até mesmo, a visibilidade do conflito (FILPO; SAMPAIO; PEREIRA, 2017), como se a evitação fosse, por si só, uma forma de “resolver” a controvérsia com o passar do tempo. Isso ocorre de formas variadas, tais como: alegar que conflitos não ocorrem entre os seus estudantes, ou delegar o tratamento desses conflitos a outras entidades, como o Conselho Tutelar e a Ronda Escolar, ligada à guarda municipal (no caso de Petrópolis, RJ).

Ao ser entrevistada por uma de nossas alunas, a diretora de uma escola particular da cidade informou que deveríamos ir a outra escola, preferencialmente uma escola pública, uma vez que naquela escola que ela dirige “não tem essas coisas de conflito não” (cf. FILPO; SAMPAIO; PEREIRA, 2017). Essa postura mostra a frequente atitude de muitos gestores em negar a existência de controvérsias, como se elas não fossem naturais e inerentes a qualquer relação humana. Com isso, perdem-se oportunidades de gerir os conflitos de forma construtiva, contribuindo para mudanças organizacionais e nas inter-relações.

Por outro lado, uma diretora de escola pública revelou não saber muito bem como lidar com casos de conflitos surgidos na escola. Isso depende, em alguns casos, do que se trata. Por exemplo, em casos de furto de celulares – os quais, segundo relatos, hoje são comuns – geralmente um trabalho de conversa, de convencimento, feito pelas professoras, traz bons resultados com a devolução do aparelho – segundo nossa entrevistada. Há outros casos, contudo, principalmente incluindo “alunos-problema” (categoria que apareceu no trabalho de campo), em que a solução costuma ser o encaminhamento do caso ao Conselho Tutelar (FILPO; SAMPAIO; PEREIRA, 2017).

A diretora deixou transparecer que não recebe formação e não está preparada para a resolução de conflitos na escola. Parecia ter receio das consequências prejudiciais para a sua carreira, caso venha a interferir de forma equivocada em um conflito, preferindo uma postura mais passiva em muitos casos e que, nesse contexto, parece ser mais segura e previsível, que é antiga ideia de que a retribuição “resolve”.

Mendonça Pinto (2014, p. 94) em etnografia que incluiu observações em escolas de Seropédica-RJ, também percebeu uma ausência de instâncias escolares para resolução de conflitos, que inclusive apareceu na fala de alguns estudantes entrevistados:

Não há (interferência da escola), na verdade, quando isso acontece, aconteceu “morreu” ali ou até mesmo não *morreu*, fica aquele professor olhando de rabo de olho pro aluno, ninguém interfere não, nenhum tipo de aluno – rapaz do 1º ano (.

Por outro lado, o número e a diversidade de conflitos no espaço escolar tem se mostrado muito significativo. Leitura preliminar realizada a esse respeito revelou um dado interessante: tem se tornado cada vez mais comum, no Brasil, que conflitos corriqueiros entre estudantes, mesmo de pouca idade, formem uma espiral, tornando-se muito graves, envolvendo agressões físicas e outras violações de direitos que, não raro, chegam às barras do Judiciário. Aguinsky *et al.* (2015) observaram que, na ocasião de sua pesquisa, verificava-se “a ampliação da judicialização de conflitos que envolvem situações de baixo potencial ofensivo, como conflitos nas escolas, que não raro podem resultar na imposição de medidas socioeducativas”.

Em se tratando do fenômeno da judicialização de conflitos escolares, segundo as mesmas autoras, nem sempre a dimensão educativa irá prevalecer, havendo ainda que se levar em consideração a exposição dos adolescentes a constrangimentos e violências institucionais decorrentes de uma eventual inserção no Sistema de Justiça e Segurança. Elas anotam que os conflitos escolares adentram o Sistema de Justiça Juvenil, e o seu tratamento exigiria “a articulação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, no que se inclui Judiciário, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Poder Executivo Municipal, Escolas e Conselhos de Direito e demais políticas públicas”.

A despeito dessas percepções, as observações e entrevistas feitas até o momento, no município de Petrópolis-RJ (pesquisa realizada com recursos do CNPq – Edital Universal 2016), sugerem que, em geral, a mediação ou outros métodos de intervenção consensual dos conflitos não são identificados pelos atores do campo como uma via que possa ser acionada para o tratamento de conflitos surgidos na escola. Pelo contrário, na maioria dos casos examinados optou-se por submeter o conflito diretamente ao sistema de Justiça, muitas vezes por meio do acionamento da autoridade policial, ou da Guarda Municipal, responsável pelo serviço denominado “Ronda Escolar”. Não foi observado ser comum, nesses casos examinados, ocorrer uma tentativa de composição amigável anterior, ainda em sede escolar.

A não adoção das práticas consensuais no âmbito escolar deve-se a uma diversidade de fatores, particulares a cada instituição e contexto comunitário em que inserida. Um fator comum, porém, que pode ser constatado é a falta de conhecimento por parte de muitos gestores, demandando trabalhos prévios de sensibilização, a ausência de treinamento da diretoria, de professores e de funcionários, a inexistência de interlocução das escolas com ambientes externos, tendo como objetivo ampliar o caráter pedagógico de ações propostas bem como possibilitando maior diálogo entre a escola, os familiares dos alunos, a comunidade, outras instituições educacionais e o poder público. Esse diálogo permite que profissionais de outras instituições e áreas promovam eventos pedagógicos que contribuam para o conhecimento, a conscientização e o aprendizado de temas afetos a métodos pacíficos de resolução de conflitos, de prevenção de *bullying* e de adicção, além da discussão de temas específicos da escola. Trata-se, portanto, de uma maior inserção da escola na comunidade, fortalecendo o senso de pertencimento e de contextualização vivencial do ensino.

Assim sendo, tomando-se por base esses poucos exemplos trazidos, podemos inferir que a política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse, por ser recen-

te e por estar se voltando com especial interesse para as questões judiciais, considerando o CPC/2015, as Resoluções 125/2010 e 225/2016, ambas do CNJ, ainda há um largo campo inexplorado no tocante à utilização da mediação extrajudicial, que pode ter lugar em diferentes espaços: nos escritórios dos advogados, nas associações de bairros, nos condomínios, nas agremiações – e em especial, no caso deste *paper*, nas escolas. Essa seria, em nosso entendimento, um desdobramento necessário dessa política pública.

Esse fenômeno mostra que, no Brasil, o movimento da *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), como são chamados os meios consensuais, teve seu principal impulso iniciado pelo Estado (poder Judiciário), para então se espalhar pelas comunidades, escolas, círculos de convivência. E, atualmente, assistimos a um processo de desterritorialização das resoluções das disputas e sua apropriação por lócus mais informais e pela própria sociedade. São movimentos consecutórios da crescente percepção de que o campo da resolução de conflitos, em verdade, é um solo fértil para o desenvolvimento de competências e habilidades sociais e de incremento de uma cidadania mais participativa e consciente acerca dos direitos e deveres que revestem a condição de ser cidadão de uma sociedade plural e democrática.

5 EDUCAR PARA A MEDIAÇÃO, É POSSÍVEL?

Autores como Warat (2004b) e Vezulla (2013) ressaltam o potencial educativo e transformador da mediação. Para esses autores, a formação para a mediação, ou antes, a prática da mediação, é capaz de exercitar a alteridade e preparar as pessoas para viverem melhor com os outros. Para Warat, inclusive, a Justiça, no Brasil, tem de ser “pedagógica e terapêutica”, eis que os cidadãos precisam, antes de tudo, resolver a questão de sua própria identidade para, então, ter a consciência do que é ser cidadão. E a mediação auxilia a aprendizagem acerca dos sentidos e das práticas cotidianas da cidadania. “Este é o trabalho da mediação preventiva” (WARAT, 2010, p. 4). Trata-se, pois, de uma mudança de postura ante os conflitos, que o exercício da mediação propicia, fortalecendo seu caráter pedagógico.

Ainda, para Bentes e Monnerat (2017), o sentido de mediação delineado por Warat compreende a forma de resolução dos conflitos por meio do consenso alcançado entre as partes envolvidas, o que levaria à formação de cidadãos verdadeiramente comprometidos com os direitos humanos e com o ideal de construção de uma sociedade justa e fraterna, na medida em que as partes conflitantes chegariam a reconhecer a outra parte e os seus direitos correspondentes. A concepção de mediação não se limitaria, assim, à composição dos conflitos, peculiar da esfera extrajudicial, mas se expandiria por todas as situações caracterizadas pela extrema vulnerabilidade social, que exigem a intermediação e ações efetivas na direção de facilitar o acesso das pessoas fragilizadas aos órgãos competentes para a promoção dos direitos humanos e do exercício da cidadania.

Nessa medida, trabalhar com mediação de conflitos da escola poderia produzir resultados em duas vertentes: tanto na oferta de meio mais adequado para tratar dos conflitos surgidos no espaço escolar como na preparação de pessoas para promover o diálogo e o consenso. Tudo de forma consentânea com a política pública que nos interessa neste *paper*.

Não obstante, alguns autores vêm levantando questionamentos sobre a efetividade dos meios consensuais – como a mediação e a conciliação – como formas institucionalizadas de administração de conflitos no Brasil, posto que parece existir grande dificuldade na sua as-

simulação no plano empírico. Tal dificuldade, ou mesmo indiferença, parece existir tanto na escola como em outros espaços, alguns deles no próprio poder Judiciário.

Por exemplo, pesquisa de campo conduzida no Estado do Rio de Janeiro entre 2010 e 2013 constatou dificuldades nas primeiras experiências com o emprego da mediação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio (FILPO, 2016). Uma das dificuldades identificadas foi a reduzida adesão dos juízes à mediação, pois muitos acreditavam que não surtiria efeitos concretos e poderia acabar alongando demasiadamente o processo. Os defensores da mediação, por sua vez, argumentavam que essa percepção era devida ao desconhecimento generalizado sobre as práticas mediativas, o que poderia ser superado com o passar do tempo, por meio de atividades de divulgação (das qualidades atribuídas à mediação) e capacitação (de profissionais para efetivá-la e difundi-la).

Nicácio (2012, p. 57), por sua vez, relata experiências vivenciadas no Brasil e na França, onde foram disponibilizados serviços de mediação em diferentes espaços, sendo mais tarde verificado que essas iniciativas não contaram com a adesão da população como esperavam os seus entusiastas. Essa autora (NICÁCIO, 2012, p. 57), após refletir sobre essa questão e com base na obra de pesquisadores franceses, formulou uma possível explicação para esse fenômeno, sustentando que

a) tais experiências [com a mediação] não intervêm suficientemente cedo no processo de desenvolvimento, apreensão e consciência jurídica de cada cidadão, mas somente quando suas concepções sobre direito ou justiça já se encontram extremamente consolidadas e por isso difíceis de serem alteradas e que b) conseqüentemente, uma mudança substantiva em determinada cultura jurídica implica trabalhar os pilares da socialização jurídica dos indivíduos desde a mais tenra infância ou por meio de organizações comunitárias que tenham legitimidade para conduzir discussões e cursos com e para moradores do local.

Tomando como uma hipótese essa dificuldade de absorção, por motivos culturais, e colocando-a em outros termos, pode-se supor que as iniciativas voltadas para o emprego da mediação, como alternativa à prestação jurisdicional convencional, tendem a ser mais bem-sucedidas quando os usuários são familiarizados com esse método desde muito jovens (em contato com experiências levadas a efeito na escola e na comunidade). Quando isso não acontece a dificuldade é maior, pois a concepção que cada um tem sobre o direito e a justiça não são tão fáceis de modificar, eis que arraigada em processos históricos de formação da sociedade, responsáveis pela construção de uma sensibilidade jurídica (GEERTZ, 2009) atrelada à ideia da justiça como produto da atividade estatal adjudicatória, que reduz a solução do conflito àquela imposta pela autoridade judicial. Aparentemente trata-se de um processo que demanda tempo e a conjugação de outros fatores para além da lei. Estamos nos referindo à cultura.

Segundo uma teoria antropológica bastante disseminada, a cultura é algo vivo, dinâmico, podendo modificar-se com o passar do tempo. Laraia (1986, p. 98-99), em um texto bastante esclarecedor e de grande repercussão sobre as formas “como opera a cultura”, em perspectiva antropológica, fornece alguns exemplos simples e interessantes a respeito das mudanças culturais a que qualquer sociedade está sempre sujeita. As formas de vestir, por exemplo. No caso brasileiro, o autor compara as vestimentas usadas por homens e mulheres do Rio de Janeiro no início do século passado com as atuais. E conclui que, assim como mu-

dam as formas de vestir, muitas outras coisas mudam, no espaço social, com o passar do tempo. Assim também podemos pensar que uma certa percepção sobre Direito e Justiça podem se modificar, mas para tanto é necessário começar da base, ou seja, da educação dos jovens e crianças para a adoção de novas práticas, comportamentos e percepções sobre a forma de se fazer justiça.

Esse interessante relato leva-nos a concluir que mudanças sensíveis no que diz respeito às formas preferenciais para a administração de conflitos demandam tempo, assim como, na teoria antropológica acima referida, a forma de vestir modificou-se e continua se modificando com o passar dos anos. A comparação é válida, uma vez que o Direito é um saber local, uma visão de mundo, intrinsecamente ligado à cultura de cada povo (GEERTZ, 2009), tanto quanto a forma de vestir; as crenças compartilhadas; determinados rituais e hábitos alimentares, entre outros. A forma como enxergamos a atividade de solução de conflitos e a aplicação do Direito também fazem parte do acervo cultural transmitido às gerações seguintes, daí a importância de pensar em uma educação para a mediação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na experiência brasileira a medição somente há pouco tempo vem sendo disponibilizada à sociedade, tendo como marco mais relevante a Resolução 125/2010 do CNJ, que instituiu os Tribunais como polos difusores das soluções consensuais dos conflitos de interesse. Trata-se, portanto, de uma política pública disparada, no Brasil, por iniciativa do poder Judiciário, operando-se “de cima para baixo”, ou seja, do Estado para a sociedade. Embora, contudo, o Judiciário tenha tomado a dianteira nesse movimento, é evidente que não pode monopolizar os meios de solução de conflitos, sobretudo os consensuais, isso porque ele detém o monopólio da jurisdição, de dizer o Direito no caso concreto, mas não de solucionar o conflito.

Posteriormente, iniciativas análogas foram observadas no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). São diplomas normativos que ainda dependem de serem testados ao máximo das suas respectivas potencialidades, no campo da solução consensual de conflitos, mas que refletem uma tomada de posição do legislador: soluções consensuais podem ser buscadas, em muitos casos, como alternativas ao modelo judiciário de administração de conflitos.

Essas mudanças no cenário normativo refletem uma tendência mais ampla: uma transformação paradigmática – de um paradigma ancorado em uma visão mecanicista, individualista, adversarial e calcado na competição – para um paradigma mais holístico, ecológico, que tem na ideia de interconexão seu epicentro, e na cooperação e no respeito valores que devem permear todas as relações, sejam entre indivíduos, comunidades, Estados-nações, entre si, e também com o próprio planeta. E os meios consensuais, podemos destacar, são produtos desse olhar mais holístico para o ser humano e suas relações. É necessário, todavia, trazer à consciência dos cidadãos, e da sociedade em geral, a importância de sua adoção, como uma pedagogia para o tratamento de conflitos simples e complexos, como oportunidade de aprendizado e construção de uma nova cultura, mais pacífica.

Ao que se percebe até o momento, no entanto, os esforços empreendidos pelo legislador não parecem suficientes para garantir uma preferência pelas formas consensuais de solução de conflitos no Brasil, quer em sede judicial, quer em espaços extrajudiciais (a escola

seria um deles). Ou mesmo para modificar comportamentos e sentimentos sobre o Direito e o poder Judiciário. Pode ser que isso demande tempo e a socialização em outros modos de administração de conflitos. Neste texto sugerimos pensar em formas de educar pela mediação e para a mediação.

Isso posto, sob a ótica da pesquisa aqui considerada, a escola não parece ter sido eleita como um espaço preferencial para o tratamento dos conflitos que surgem dentro ou a partir dela, nem há notícia até o momento de programas de capacitação de mediadores escolares em larga escala. Logo, abre-se aqui uma janela de oportunidades, pensando a escola como um espaço adequado para a formação de estudantes que poderão desenvolver habilidades e competências para, no futuro, lidar de forma mais cooperativa diante dos conflitos e dos mecanismos disponíveis para solucioná-los, construindo um novo paradigma educacional que contribui para a formação de uma cidadania mais responsável e preocupada com o todo – sociedade e planeta. Transformações essas que impactam, inevitável e positivamente, no arrefecimento de espirais de violência e no fortalecimento da cultura de paz.

7 REFERÊNCIAS

- AGUINSKY, Beatriz Gerhenson *et al.* *Judicialização dos conflitos escolares: desafios para a materialização dos princípios do Sinase*. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/serpinf/2014/assets/21.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.
- ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de. *Bullying na perspectiva da disciplina escolar e dos direitos da criança e do adolescente. Participação em Debate*, Fórum Permanente de Direito Educacional, 2011.
- AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012.
- AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Cambridge: Basic Books, 2006.
- BENTES, Hilda Helena Soares Bentes; MONNERAT, Diego Machado. O ofício do mediador na perspectiva controversial: a arte de construir a autonomia e o sujeito de direito. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 5, n. 1, p. 149-166, jan./jun. 2017.
- BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceito e técnicas. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de Graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 103-125.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125/2010*. 2010. Disponível em: <http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>. Acesso em: 2 mar. 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125/2010. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 16 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil*. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2015.
- BRASIL. *Lei nº 13.140/2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 1º maio 2018.
- BUSH, Baruch; FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. Colorado: Colorado University, 1994.
- CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2004.
- CHRISPINO, Alvaro *et al.* Mediação escolar: uma via para a convivência pacífica. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivium, 2019.
- CHRISPINO, Alvaro; CHRISPINO, Raquel. *Políticas educacionais de redução da violência: mediação do conflito escolar*. São Paulo: Editora Biruta, 2002.

- CHRISPINO, Alvaro. Gestão do conflito escolar: da classificação dos conflitos aos modelos de mediação. *Ensaio: Aval. Pol. Públ. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 54, p. 11-28, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v15n54/a02v1554.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação judicial: discursos e práticas*. Rio de Janeiro: Mauad X; Faperj, 2016.
- FILPO, Klever Paulo Leal; SAMPAIO, Beatriz Magrani; PEREIRA, Laura Macedo Diniz Marques. Estudo de casos de judicialização e mediação de conflitos escolares no município de Petrópolis. ENCONTRO NACIONAL SOBRE O ENSINO DE SOCIOLOGIA BÁSICA – ENESEB, 5., 2017. Rio de Janeiro. *Anais [...]*. 2017. Brasília, DF: UnB. Disponível em: <http://www.aconteceeventos.com.br/Anais%20ENESEB/resumos/PPT-eposter-trab-aceito-0175-1.pdf>. Acesso em: 1º maio 2018.
- GEERTZ, Clifford. *Obras e Vidas: o Antropólogo como Autor*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.
- GIANEZINI, Kelly *et al.* Políticas públicas: definições, processos e constructos no século XXI. *Revista de Políticas Públicas*, v. 21, n. 2, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/8262>. Acesso em: 7 maio 2018.
- GROSSI, Patrícia Krieger; AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SANTOS, Andréia Mendes dos. *Justiça restaurativa nas escolas de Porto Alegre: desafios e perspectivas*. Disponível em: http://justica21.org.br/arquivos/bib_272.pdf. Acesso em: 12 mar. 2015.
- HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade*. Trad. Janaína Marcantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2007.
- HICKS, Donna. *Dignity: Its Essential Role in Resolving Conflict*. New Haven: Yale University Press, 2011.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.
- LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MARTÍN, Nuria Belloso. A Mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça restaurativa e mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.
- MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no Judiciário: dilemas e significados. *Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social*, Rio de Janeiro: IFC/UFRJ, v. 4, n. 1, jan./mar. 2011.
- MENDONÇA PINTO, Nalayne. Juventude, conflitos e consensos: estudo de caso em duas escolas. In: GUEDES, Simoni Lahud; CIPINIUK, Tatiana Arnaud (org.). *Abordagens etnográficas sobre educação*. Rio de Janeiro: Alternativa; Faperj, 2014. p. 83-96.
- NICÁCIO, Camila Silva. A mediação frente à reconfiguração do ensino e da prática do direito: desafios e impasses à socialização jurídica. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sérgio de Souza. *Mediação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- NUNES, Thais Borzino Cordeiro. *A conciliação nas ações fazendárias: perspectivas teóricas e obstáculos empíricos para a sua efetiva implementação*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Petrópolis, Faculdade de Direito, Petrópolis, 2014.
- POZZATTI JÚNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 10, n. 10, 2015. Disponível em: www.ufsm.br/redevistadireito
- SIMIÃO, Daniel *et al.* Sentidos de justiça e reconhecimento em formas extrajudiciais de resolução de conflitos em Belo Horizonte. In: KANT DE LIMA, Roberto; EILBAUM, Lucía; PIRES, Lenin (org.). *Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012a.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Retalhos de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2012b.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação como estratégia para despolarizar a comunicação*. Disponível em: <http://fabianamarionspengler.blogspot.com/2010/08/mediacao-como-estrategia-para.html>. Acesso em: 7 fev. 2019.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007. 476 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp126648.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. Identidade, alteridade e mediação: por uma comunicação inclusiva das diferenças. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 53-70, jan./jun. 2012.

- TEIXEIRA, Gustavo. *Manual antibullying para pais, alunos e professores*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2011.
- VEZULLA, Juan Carlos. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 63-93.
- WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.
- WARAT, Luis Alberto. Prefácio. In: MEZZAROBBA, Orides *et al.* *Surfando na Pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b. V. III.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. V. 1.
- WARAT, Luis Alberto. Pensemos algo diferente em matéria de mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça restaurativa e mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.
- WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio*. Direitos humanos da alteridade: surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.8959>

A RESPONSABILIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: Estudo de Caso Sobre o Trabalho em Condições Análogas ao de Escravo na Indústria Têxtil

Leticia Alves de Jesus

Autora correspondente. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Rua Imaculada Conceição, 1155 – Prado Velho. Curitiba/PR, Brasil. CEP 80215-901. <http://lattes.cnpq.br/0736009944701705>. <https://orcid.org/0000-0003-3228-4805>.

leticia.alves.doc@gmail.com

Luís Alexandre Carta Winter

Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba/PR, Brasil.

RESUMO

Em decorrência da ascensão da riqueza e poder econômico das grandes corporações, que passaram a figurar como novos atores na comunidade internacional, há a necessidade que o Direito assegure que as relações decorrentes desta perspectiva sejam regulamentadas conforme os preceitos difundidos na comunidade internacional. Um dos principais obstáculos enfrentados nesta perspectiva é o controle e repressão de atos de violação aos direitos humanos praticados por empresas transnacionais. Com intuito de analisar esta temática o presente trabalho visa a responder à seguinte questão: Quais os meios existentes para minorar e/ou eliminar as violações de direitos humanos pelo setor da indústria têxtil transnacional? Para isso foi necessário estudar e analisar instrumentos legais efetivos de controle nacional e internacional das ações desses novos atores, de forma que os atos de violação de direitos humanos perpetrados por estas empresas sejam prevenidos e reparados de forma adequada. Com o objetivo de realizar este estudo foi utilizado o método hipotético-dedutivo, tendo-se selecionado o setor da indústria têxtil como forma de tornar mais precisa a análise dos instrumentos de controle existentes.

Palavras-chave: responsabilidade de empresas; direitos humanos; proteção nacional; proteção internacional; trabalho análogo ao escravo.

THE RESPONSIBILITY OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS FOR HUMAN RIGHTS VIOLATION: CASE STUDY ON WORK IN SIMILAR CONDITIONS TO SLAVERY IN THE TEXTILE INDUSTRY

ABSTRACT

As a result of the rise of wealth and economic power of large corporations, which have come to represent as new actors in the international community, there is a need for the law to ensure that the relations arising from this perspective are regulated according to the precepts disseminated in the international community. One of the main obstacles faced in this perspective is the control and repression of acts of human rights violations practiced by transnational corporations, and the purpose of this article is to analyze this problem. In order to answer the following question: what means exist to reduce and / or eliminate human rights violations by the transnational textile industry, it was necessary to study and analyze effective legal instruments for national and international control of the actions of these new actors, so that the acts of human rights violations perpetrated by these companies are adequately prevented and remedied. In order to perform this study, the hypothetical-deductive method was used, and the textile industry was selected as a way of making the analysis of the existing control instruments more accurate.

Keywords: corporate responsibility; human rights; national protection; international protection; work analogous to the slave.

Recebido em: 16/4/2019

Aceito em: 31/5/2021

1 INTRODUÇÃO

Este artigo teve como objetivo investigar instrumentos nacionais e internacionais de repressão de atos de violação de direitos humanos praticados por empresas transnacionais. Com esse objetivo foi selecionada especificamente a análise de casos práticos envolvendo a exploração do trabalho análogo ao de escravo na indústria têxtil, com intuito de estudar a efetividade dos meios de responsabilização corporativa já existente, apontando as suas eventuais falhas, de forma a intensificar a discussão sobre esse tema e abrir a possibilidade de criação de métodos mais eficientes de responsabilização de empresas transnacionais.

A temática foi selecionada em decorrência do papel fundamental das grandes corporações no panorama internacional atual. Deste modo é imprescindível que se estabeleçam diretrizes estáveis e efetivas para a responsabilização de empresas transnacionais, principalmente no caso de transgressão aos direitos humanos.

Para esta análise foram selecionados dois casos importantes envolvendo a responsabilização de empresas do setor têxtil por atos de transgressão a direitos humanos: o caso envolvendo a empresa Zara Brasil e o caso contra M. Officer, que foram acusadas especificamente pela exploração de trabalho análogo ao de escravo.

O método utilizado para obter os resultados foi o procedimento de pesquisa bibliográfica, fazendo a análise desse tema por meio de materiais já publicados, usando do método hipotético-dedutivo com intuito de gerar conhecimento para aplicações práticas direcionadas à solução do problema.

Desta forma foi averiguada a efetividade dos instrumentos nacionais de proteção e prevenção utilizados nos casos sob análise, de modo a examinar a efetividade da repressão de violação aos direitos humanos por empresas, também verificando a complementaridade dos mecanismos de proteção nos âmbitos internacional e nacional.

Com este objetivo o artigo foi dividido em três partes: a primeira tem como objetivo expor o tema da possibilidade de responsabilização de empresas transnacionais por violação aos direitos humanos e a construção desse conceito.

A segunda parte trata sobre os mecanismos existentes para a responsabilização de empresas por atos de violação de direitos humanos, analisando a sua efetividade dentro do meio internacional e nacional.

Já a última parte do artigo foi voltada para a análise específica dos instrumentos nacionais de responsabilização de empresas transnacionais por violação de direitos humanos, usando como base casos do Brasil no combate à violação de direitos humanos na indústria têxtil, como o caso Zara e M. Officer.

Ao final foi exposta a conclusão sobre a efetividade dos instrumentos de responsabilização de empresas transnacionais existentes com base nos exemplos expostos e nos trabalhos analisados, com intuito de reconhecer o meio mais adequado para que se obtenha efetividade no controle de atos ilícitos praticados por estas empresas.

2 RESPONSABILIDADE DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Para iniciar o estudo deste tema é necessário definir dois conceitos fundamentais para o desenvolvimento do artigo: a delimitação do que se entende por direitos humanos e o reconhecimento da responsabilidade de empresas transnacionais por transgressões de direitos. Esses conceitos são essenciais para que haja uma melhor compreensão dos instrumentos nacionais e internacionais de responsabilização dessas empresas, motivo pelo qual passaremos a expor de forma sucinta estes temas.

2.1 Direitos Humanos e a Perspectiva dos Direitos Fundamentais

Para uma análise precisa sobre os instrumentos de responsabilidade de empresas por violação a direitos humanos é inevitável inicialmente abordar a definição de direitos humanos. Assim, para os fins deste estudo deve-se entender os direitos humanos como “os direitos de que todos os homens são titulares pela suficiente condição de serem humanos, independente de qualquer outra condição ou circunstância” (COMPARATO, 1998, p. 74).

Para que se torne possível uma análise mais precisa desse tema dentro dos instrumentos nacionais de proteção a estes direitos, também é importante ressaltar que passaremos a tratar neste artigo dos direitos humanos e também dos direitos fundamentais; portanto, como o fim deste trabalho está na análise da eficácia dos instrumentos internacionais e nacionais de responsabilidade de empresas transnacionais, também será feito um estudo específico da responsabilização dessas empresas por transgressão a direitos fundamentais, na condição de direitos humanos positivados na Constituição Nacional.

Assim, como direito fundamental deve-se entender, para a análise deste artigo, os direitos humanos positivados na Constituição Nacional, conforme exposto no livro *Liberdade e Direitos Humanos* (BRITO, 2013), e também de acordo com o que leciona Canotilho, segundo o qual os direitos fundamentais são a positivação, por meio da constituição dos direitos humanos que, segundo o autor, são direitos naturais e imutáveis. Nesses termos:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídicos positivamente vigentes numa ordem constitucional. (...) A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo (CANOTILHO, 2002, p. 391).

Posto isso, no âmbito de proteção internacional dos direitos humanos um importante instrumento a ser tomado como base é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, que estabelece objetivos comuns à comunidade internacional para a tutela do ser humano, e, apesar de a princípio a DUDH ser um instrumento que vincularia apenas os Estados no âmbito internacional, como previsto no próprio preâmbulo da declaração que menciona que os “Estados Membros se comprometem a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades” (ONU, 1948, p. 3), a transformação do cenário internacional e o crescente poder das empresas também tornaram necessário o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos humanos para se abrir a possibilidade de responsabilização de entes

não estatais pela violação desses direitos, estando essa discussão em evolução, como se demonstrará detalhadamente no próximo ponto.

Uma vez definidos estes conceitos é necessário prosseguir para a exposição da possibilidade do reconhecimento da responsabilidade de empresas transnacionais por violação destes direitos.

2.2 Atual Perspectiva da Responsabilidade de Empresas Transnacionais por Violação de Direitos Humanos

A ascensão do poder e influência de empresas no cenário internacional torna imprescindível a necessidade de regulamentar as relações decorrentes dessa nova perspectiva conforme preceitos difundidos na sociedade internacional.

Para compreender o poder das grandes corporações no cenário atual, das 100 maiores economias do mundo 69 são empresas e não Estados, de acordo com o estudo feito pela *Global Justice Now* (2018), e, segundo Adam Winkler, autor no livro *We the Corporation: how american bussines won their civil rights* (2018), nos Estados Unidos as empresas americanas conquistaram direitos quase equivalentes aos atribuídos a cidadãos, como no caso *Burwell vs Hobby Lobby Stores Inc.* (2014), julgado pela Suprema Corte americana, que concedeu à empresa o direito de ter liberdade de expressão e liberdade religiosa.

Assim, com o crescente poder supranacional das grandes corporações é necessário que sejam estudados e definidos instrumentos legais de controle internacional e nacional efetivo das ações perpetradas por estes novos atores, de forma que os atos de violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos praticados por essas empresas sejam prevenidos e reparados de forma adequada.

Devido a essa perspectiva a Organização das Nações Unidas tem tomado diversas medidas para legitimar a horizontalidade dos direitos humanos, estendendo os deveres decorrentes deles a atores não estatais, como as corporações (KNOX, 2008).

Desde 1999 foram tomadas diversas ações pela ONU para promover o debate sobre esse assunto, a exemplo da criação em 2003 da subcomissão das “Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Comerciais em Relação aos Direitos Humanos”, a qual reconheceu de forma expressa que empresas têm o “dever de respeitar e promover os direitos humanos (...) reconhecidos pelo direito internacional e pelas legislações nacionais” (ZANITELLI, 2011, p. 3).

Como um dos marcos mais importantes e recentes para a responsabilização de empresas transnacionais por violação a direitos humanos está a criação dos princípios orientadores “proteger, respeitar e reparar” (UNITED NATIONS, 2008), de John Ruggie em 2008, como Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, tendo sido aprovado em junho de 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Estes princípios orientadores estão pautados em três principais partes:

- (i) Estados possuem o dever de proteger contra violações de direitos humanos cometidas por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, normas, bem como processos judiciais adequados;
- (ii) empresas possuem a responsabilidade de respeitar normas de direitos humanos, controlando os riscos de causar danos aos direitos humanos, buscan-

do, em última instância, evitar tais danos; e (iii) vítimas de direitos humanos devem ter maior acesso a remédios efetivos, incluindo mecanismos não judiciais de denúncia (LESSA, 2017, p. 265).

Em decorrência, portanto, dos esforços promovidos pela ONU nos últimos anos já há uma base adequada para que se assegure a possibilidade da existência da responsabilidade de empresas transnacionais por transgressão a direitos humanos.

Assim, a partir desses mecanismos foram imputados aos Estados os deveres de prevenção, investigação, punição e reparação de violações a direitos humanos ocorridos no território sob sua jurisdição, e “recomendou-se a adoção de medidas com o intuito de prevenir violações cometidas além de seus limites territoriais por corporações neles domiciliadas” (LESSA, 2015, p. 102).

Desse modo, uma vez delimitado o conceito de direitos humanos, de direitos fundamentais e a atual perspectiva da responsabilidade de empresas transnacionais por violação de direitos humanos, é possível prosseguir com a análise detalhando as normas existentes de responsabilização destas.

3 MECANISMOS EXISTENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR TRANSGRESSÃO AOS DIREITOS HUMANOS E SUA EFETIVIDADE

A partir do exposto é admissível concluir que há cada vez mais esforços para que se alcance o objetivo de efetivar instrumentos e meios eficientes de coibir e, eventualmente, punir práticas de violação de direitos humanos cometidos por empresas.

Um dos grandes problemas para a instituição de ferramentas efetivas que permitam a punibilidade de empresas transnacionais por atos de violação de direitos humanos está no caráter supranacional dessas empresas, que muitas vezes não são atingidas de modo eficiente pelas ferramentas nacionais existentes de repreensão dessas práticas.

Para evitar a impunidade destas empresas a ONU vem trabalhando continuamente para que “organizações internacionais e regionais elaborem políticas e instrumentos pertinentes (...) quanto à necessidade de aplicar sanções para atores não estatais transgressores de direitos humanos” (LESSA, 2017, p. 267), pois reconhece que em alguns casos a ação meramente estatal não é eficaz para efetuar a punibilidade de empresas transnacionais. Apesar, contudo, dos esforços e da evolução sobre a aplicabilidade desse tema “as obrigações de sujeitos não estatais permanecem inaptas a se fazerem valer internacionalmente em juízo contra esses mesmos sujeitos” (LESSA, 2017, p. 268).

Assim, enquanto organismos internacionais não possuem efetividade na punição das empresas transnacionais por violação a direitos humanos, cabe aos Estados o controle e a punição efetiva dessas práticas.

Como afirma Zanitelli:

Em outras palavras, embora se afirme o dever de respeito aos direitos humanos pelas companhias para além da mera observância às leis locais (United Nations, 2011, annex, para. 11), são os Estados, no exercício de suas respectivas jurisdições, os encarregados

de investigar e punir o ocasional descumprimento, pelos empresários, de suas obrigações acerca dos direitos humanos (United Nations, 2011, annex, para. 25) (ZANITELLI, 2011, p. 40).

Desta forma esse cenário passa a ser um reflexo da natureza desses chamados “princípios-guia” criados pela ONU sobre empresas e direitos humanos, que possuem apenas um caráter de orientação, não tendo assim uma vertente legal impositiva.

Outro empecilho para que ocorra uma efetiva punibilidade internacional dessas práticas está no fato de as Cortes Internacionais se limitarem à punição de Estados, como refere-se o artigo 48 (I) (a) da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; os artigos 33 e 34 do Conselho da Europa de 1950 e o artigo 47 da União Africana de 1981, tendo como única exceção de punibilidade efetiva de indivíduos por violação de direitos humanos o Tribunal Penal Internacional de acordo com o artigo 25 do Estatuto de Roma, mas este também encontra dificuldades ao atuar na punibilidade de casos envolvendo empresas, uma vez que só pode punir pessoas físicas.

Assim, a consequente dificuldade para a punibilidade internacional de empresas por transgressões a direitos, acaba por fazer com que esta dependa “(...) das legislações nacionais e também do alcance que se dê às jurisdições nacionais para fazer frente a abusos ocorridos além dos limites territoriais de cada país” (ZANTINELLI, 2011, p. 41).

Quanto a esse assunto há o marcante exemplo dos Estados Unidos no julgamento de casos com base no *Alien Tort Claims Act*, que tem “pleiteado reparação por ofensas a direitos humanos verificadas fora do território norte-americano por ou em cumplicidade com corporações norte-americanas ou suas subsidiárias” (JOSEPH, 2004, p. 21), constituindo esta uma forma de efetivar a punibilidade de empresas multinacionais.

O problema, entretanto, de deixar a cargo somente das jurisdições estatais a punibilidade de empresas transnacionais por violações a direitos humanos está no fato de que há uma dificuldade, principalmente para países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, em tornar efetivo o estabelecimento de normas capazes de controlar e repreender atividades de empresas transnacionais em seu território, sendo essa dificuldade evidenciada pela cada vez maior força das empresas no cenário mundial, tendo inclusive algumas companhias mais poder econômico do que os próprios países em que estão instaladas, conforme mencionado anteriormente.

Como afirma Evaristus Oshionebo em seu artigo *The U.N. global compact and accountability of transnational corporations: separating myth from realities* (2007, p. 4):

Existe, entretanto, o receio de que as sanções instituídas pelos sistemas jurídicos nacionais sejam insuficientes para evitar violações. Salienta-se o fato de os países mais pobres, precisamente aqueles nos quais o risco de abusos é maior, são geralmente menos propensos a estabelecer normas capazes de inibir a atividade de grandes companhias em seus territórios.

Assim, pelo fato de os princípios instituídos internacionalmente não terem força sancionatória e pela falha da efetividade de muitas medidas estatais, há “um clamor para que as corporações se sujeitem internacionalmente a sanções por atos de desrespeito aos direitos humanos imputáveis a si ou às suas filiais” (ZANITELLI, 2011, p. 41). Não há, contudo, um

consenso sobre tal apelo, sendo questionada a capacidade de efetividade que a aplicação de sanções no meio internacional teria sobre a repreensão de ações ilícitas perpetradas por empresas transnacionais.

Há uma forte vertente doutrinária que entende não ser a melhor alternativa o apelo à prática de sanções internacionalmente aplicáveis, por entenderem que, em suma, as empresas se comportariam de modo que:

O respeito aos direitos humanos atende, em alguma medida, ao objetivo da maximização do lucro, esperando-se, assim, que as companhias evitem violações a esses direitos em seu interesse mesmo ou, em outras palavras, no interesse egoísta de seus acionistas (KELL, 2005, p. 376).

Desse modo, há estudos que revelam que a busca de ações sociais por empresas traz um desempenho financeiro positivo a estas companhias (MARGOLIS; ELFENBEIN; WALSH, 2007). Assim, a partir desses estudos e dessa vertente há evidências de que a busca de imposições de sanções internacionais mostrar-se-ia menos efetiva para a repreensão de práticas de transgressão a direitos humanos do que a efetivação de projetos para a promoção espontânea de proteção aos direitos humanos.

Ademais, essa corrente doutrinária também é defendida pelo fato de que há uma evidente dificuldade de submeter empresas transnacionais a normas vinculantes internacionais e a chegar a um consenso entre os Estados sobre essa questão para que se possa de fato impor sanções internacionais, como é exposto em diversos trabalhos (KELL, 2005, p. 74; RUGGIE, 2001, p. 373; ZANITELLI, 2011, p. 43). Assim, essa dificuldade encontrada para a adoção de normas sancionatórias internacionais para empresas transnacionais transgressoras de direitos humanos e o comprovado benefício financeiro que pode ser extraído pelas próprias companhias ao agirem de acordo com os preceitos de respeito aos direitos humanos faz com que muitos percebam que a melhor alternativa para solucionar esse problema seria investir em práticas de *soft law* como vem sendo tomadas pela ONU, por exemplo.

De acordo com o que expõe Zanitelli (2011, p. 43):

Soluções como o Pacto Global, baseadas no diálogo e na persuasão, seriam, segundo se pondera aí, quizá não as melhores, mas, nas presentes circunstâncias, as únicas viáveis para a promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial.

Ademais, outra vantagem na aplicação de normas de *soft law* como os princípios orientadores “proteger, respeitar e reparar” estaria no fato da sua maleabilidade, o que permitiria acompanhar de modo mais adequado e rápido as mudanças constantes do mercado empresarial e dos meios de produção. Como é mencionado por John Ruggie (2001), medidas de *soft law* destinadas a promover a aplicação gradativa de princípios de responsabilidade social às empresas são as que convêm, pela maleabilidade das suas disposições, ao estágio incipiente da doutrina jurídica acerca do conteúdo das obrigações atribuídas às corporações e também à grande velocidade com que se modificam as circunstâncias de produção, a exigir, tais modificações, uma frequente reelaboração das pautas de comportamento empresarial no que se refere ao respeito aos direitos humanos.

Nesse contexto, haveria também uma vantagem clara na aplicabilidade destas medidas em contraponto a medidas sancionatórias que teriam dificuldade de se adaptar às rápidas

transformações do mercado empresarial, por terem de possuir uma melhor precisão e detalhamento para a sua aplicação, o que poderia até levar a sua ineficácia.

A partir dessa vertente, todavia, não se deve concluir que uma normatização associada com sanções não seria eficiente, e muito menos que não deva ser buscada. Assim, deve-se ver a partir do ponto de que o objetivo seria a busca desta abordagem com o complemento de *hard law* em casos em que as prerrogativas de *soft law* não se mostrem suficientes.

Para os defensores da aplicação de sanções internacionais para repreender as práticas ilícitas atinentes à violação de direitos humanos por parte de empresas transnacionais o investimento em *soft law* não é eficiente ou, ao menos, não tem demonstrado eficácia para atingir um nível adequado de proteção aos direitos humanos, e para chegar a essa conclusão tomam como exemplo os próprios princípios orientadores criados pela ONU, que seriam ineficazes, sob a análise dessa corrente doutrinária, devido ao baixo número de corporações participantes e também pelo fato de que a adequação aos princípios pelas empresas participantes ser mínima e muitas vezes inclusive inadequada.

Por exemplo, segundo relatórios na ONU há atualmente 7.371 empresas que ratificaram o Pacto Global (2018) e 1.103 participantes, contudo dessas empresas 1.432 estão inativas, por não enviarem o relatório requerido atualmente sobre o cumprimento dos princípios e da prática de ações para efetivar os 10 princípios elencados no pacto, e dessas somente 25 empresas têm iniciativas efetivas relatadas para promover os direitos humanos e o trabalho adequado, o que demonstraria a pouca efetividade real das ações promovidas por organizações internacionais mediante normas de *soft law* para a repreensão das atividades de transgressão de direitos humanos praticadas por empresas.

É importante mencionar, contudo, que os favoráveis a esse posicionamento muitas vezes falham ao não apresentar o motivo pelo qual normas de *soft law* não seriam adequadas. De acordo com Zanitelli (2011, p. 45):

Embora costumem ressaltar a ineficácia do Pacto Global, seus opositores raramente explicitam as razões pelas quais o Pacto estaria, a exemplo de outras medidas voluntaristas, fadado ao fracasso. Essa descrença pode ser motivada por uma suposição que, de tão banal, não se julgue sequer merecedora de menção.

A questão então deve ser analisada a partir dos fins esperados com a vertente obrigacional para verificar qual a abordagem mais adequada para atingir os resultados pretendidos. Assim, passamos a analisar de forma resumida quais seriam os resultados obtidos com uma eventual imposição de sanção no âmbito internacional para empresas violadoras de direitos humanos.

4 ANÁLISE DA EFETIVIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem a aplicação de sanções internacionais nesses casos parte da premissa de que quanto mais severa e precisa a pena, maior seria o controle sobre a ação ilícita e, portanto, menor seria a incidência deste ato. Esse entendimento está baseado em estudos econômicos como o feito por Becker (1968, p. 176), que a partir da análise econômica do crime e da sanção chegou ao seguinte resultado:

Afirma-se, assim, que em uma conduta ilícita é de se prever sempre que o seu benefício (ou “utilidade”) esperado seja superior ao custo, o qual compreende o custo da conduta mesma para o agente mais o custo esperado da sanção. Esse custo esperado, por sua vez, é determinado pela gravidade da sanção (isto é, a sua “desutilidade” para o agente) e pela probabilidade (tal como percebida pelo potencial ofensor) de que ela seja imposta.

Isso posto, a criação de uma sanção para esses atos em âmbito internacional se justificaria pelo fato de que essa imposição reduziria a incidência da violação de direitos humanos por empresas, à medida que seria mais eficaz e precisa que os mecanismos aplicados pelos Estados isoladamente, como é feito atualmente.

Há, contudo, um grande perigo em aplicar essa lógica, uma vez que como demonstrado, há uma cada vez maior propensão das empresas em estabelecerem de forma autônoma normas de responsabilidade social, e deste modo a imposição de normas sancionadoras no âmbito internacional mostrar-se-ia desnecessária e até mesmo poderia levar à inibição desse comportamento. Como já demonstrado em vários estudos (FEHR, 2002; FISCHBACHER, 2004; ZANITELLI, 2011), o estabelecimento de normas legais punitivas acaba por enfraquecer a regra social que estabeleceu a razão pela qual a sanção foi imposta. Como expõe Zanitelli (2011, p. 48):

A crescente dedicação das empresas a fins socialmente valiosos é testemunhada não apenas anedoticamente – por exemplo, pelo número de corporações da lista das quinhentas maiores publicada pela Revista Fortune que fazem menção à responsabilidade social em seus relatórios anuais (Lee, 2008, p. 54) – mas também em estudos empíricos nos quais se empregam diferentes medidores, como contribuições de caridade, impacto ambiental e aplicação de sanções pela via administrativa ou judicial (MARGOLIS; ELFENBEIN; WALSH, 2007, p. 11-13).

Ademais, como é exposto na teoria do ponto focal do direito expressivo, *local point theory of expressive law* (GALBIATI; SCHLAG; VAN DER WEELE, 2009), as leis expressam valores sociais e têm como intuito moldar o comportamento individual, ou seja, para essa teoria a lei seria um ponto focal das disposições sociais já expostas na sociedade, e, de acordo Cooter (1998, p. 595), “A teoria expressiva do direito sustenta que provocar a obediência voluntária da maioria dos cidadãos torna a lei eficaz, e os efeitos podem ser maiores do que aplicar sanções estatais a alguns infratores”, ou seja, a ideia central exposta nesses estudos é que a lei não precisa necessariamente ser severa para que tenha efetividade, ela pode ser branda e ter melhores resultados que uma lei mais rigorosa, pois o objetivo desta é criar um “ponto focal” dos comportamentos sociais.

Assim, de acordo com o exposto, no âmbito internacional de proteção aos direitos humanos o estabelecimento de *soft law* seria o modo mais adequado para assegurar que empresas atuem de acordo com o respeito a esses direitos, entretanto ainda é necessário analisar a efetividade dos mecanismos utilizados no âmbito estatal para se obter uma melhor concepção do cenário mundial da repreensão de empresas por violação a direitos humanos.

5 EMPRESAS TRANSNACIONAIS E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO NA INDÚSTRIA TÊXTEL BRASILEIRA

Para ter um melhor entendimento do cenário de repreensão de atos de violação de direitos humanos perpetrados por empresas é necessário analisar, além dos instrumentos utilizados no âmbito internacional, também aqueles adotados no âmbito nacional pela demons-

trada necessidade de os dois âmbitos se complementarem. Assim, como forma de tornar mais precisa a análise passaremos a expor os mecanismos utilizados no Brasil para a repreensão de empresas no caso específico do trabalho escravo na indústria têxtil.

O Brasil é um expoente mundial na indústria têxtil, tendo sido classificado em 2017 como 5º colocado mundial na produção têxtil, faturando US\$ 42 bilhões de dólares em vendas nesse ano segundo a Associação Brasileira da Indústria Têxtil (ABIT, 2018).

Essa indústria, entretanto, se beneficia extensivamente de trabalho análogo ao escravo. Segundo estudo realizado em 2016 pela *Global Slavery Index*, 45 milhões de pessoas no mundo vivem sob alguma forma de escravidão, observando-se que o Brasil encontra-se na 51ª posição do ranking, com cerca de 0,08% da sua população vivendo em condições de trabalho análogo ao de escravo, ou seja, cerca de 369.000 pessoas, e o grande responsável por essa estatística no Brasil é o setor têxtil (GLOBAL SLAVERY INDEX, 2018).

Na legislação brasileira há previsões específicas vedando o trabalho escravo. A Constituição Federal estabelece no artigo 1, III, o princípio da dignidade humana como um dos seus valores fundamentais; também no artigo 5, III, há a previsão de que ninguém deverá ser submetido a tratamento degradante, e de forma específica no Código Penal encontra-se a tipificação da conduta de condição análoga à de escravo no artigo 149, com pena de reclusão de dois a oito anos, multa, além de pena por violência.

E de acordo com a análise da doutrina e jurisprudência nacional, para a aplicação da legislação mencionada:

Se enquadrando no conceito de trabalho em condição análoga à de escravo os trabalhos forçados; as jornadas exaustivas; os trabalhos em condições degradantes; as restrições de locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte para manter o trabalhador no local de trabalho; a vigilância ostensiva no local de trabalho e a retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador para mantê-lo no local de trabalho (NOGUEIRA, 2015, p. 251).

Assim, tendo em vista a gravidade dessa situação, o Brasil vem tomando uma série de medidas para erradicar essa situação, e “em certa medida, o país se tornou referência mundial a partir de fiscalizações realizadas que resultaram no resgate de milhares de trabalhadores em condições análogas à de escravo” (KALIL, 2015, p. 16).

Como exemplo de casos marcantes envolvendo a punição aplicada no âmbito nacional a empresas pelo uso do trabalho análogo ao escravo na indústria têxtil estão os casos Zara Brasil e M. Officer.

5.1 Caso Zara Brasil

No caso Zara, em junho de 2011 fiscais encontraram ao todo cerca de 50 trabalhadores submetidos a trabalho análogo ao de escravo produzindo roupas para a marca Zara, que pertence ao grupo espanhol Inditex. Nos termos do relatório produzido pela Repórter Brasil e pela Somo, que acompanharam a visita *in loco* dos inspetores:

As oficinas em que os funcionários trabalhavam e residiam eram ambientes extremamente degradantes. (...) As janelas eram cobertas com tecidos escuros e os ambientes internos sujos, abafados, apertados e com fiação elétrica irregular. Ademais, filhos menores dos trabalhadores transitavam livremente pelo local de trabalho, entre máquinas de costura sem segurança nenhuma (REPÓRTER BRASIL; SOMO, 2015).

Em consequência disso, a Zara Brasil firmou em 2011 um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público do Trabalho (MPT) que previa o pagamento de 3,5 milhões de reais pela empresa para fins de investimentos sociais, além de uma série de obrigações que deveriam ser seguidas pela empresa (MPT; TEM, 2011).

Tal medida foi considerada de extrema importância para o combate a violações aos direitos humanos por empresas (TEIXEIRA, 2018), uma vez que responsabilizou uma grande organização transnacional por atos que ocorreram em sua cadeia de produção, e apesar de que nesse acordo a Zara Brasil não ter sido obrigada a assumir de forma expressa a responsabilidade pela exploração do trabalho análogo ao escravo do qual se beneficiava, o ato de responsabilização por meio do TAC já foi um grande avanço nessa matéria.

Foi descoberto em 2017, no entanto, que a empresa descumpriu com o acordo ao não cumprir de forma efetiva os termos delimitados no TAC, ao apenas transferir a sua produção para outras localidades e não efetuar a melhoria efetiva das formas de trabalho em sua linha de produção. Em decorrência disso a empresa arcou com uma multa de 5 milhões de reais em investimentos sociais, além de ser firmado um novo TAC entre MPT e a Zara Brasil que ampliou a responsabilidade da empresa (MPT, 2017b).

Apesar da importância da celebração do TAC e do reforço que esse ato e a aplicação de multa têm sobre a seriedade do combate realizado pelo MPT e pelo MPE ao trabalho análogo ao de escravo, o descumprimento do primeiro acordo pela empresa e o valor da multa aplicada trazem algumas ressalvas, conforme exposto:

Considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas de violações de direitos humanos, as medidas tomadas contribuíram de forma ainda insatisfatória para a solução das violações de direitos humanos na cadeia produtiva da empresa, considerando tanto os direitos difusos e coletivos previstos no ordenamento brasileiro, quanto os parâmetros internacionais da OIT ou dos Princípios Orientadores da ONU (TEIXEIRA, 2018).

Dessa forma, apesar da importância das medidas tomadas ainda seria considerado necessário que seja adotada uma repreensão mais adequada para essas práticas e, principalmente, que a empresa assuma de forma expressa a responsabilidade pelo ato de violação de direitos humanos do qual se beneficiava.

5.2 Caso M. Officer

Já no caso envolvendo a empresa M. Officer, foram encontrados trabalhadores em condições análogas às de escravos por meio de investigações ocorridas em 2013 e 2014, que expôs trabalhadores bolivianos trabalhando em local precário, sem divisão clara entre o local de moradia e o local de trabalho, sendo obrigados a trabalhar de segunda à sexta-feira das 7 horas às 22 horas e nos sábados das 7 horas às 12 horas, segundo relatórios do Repórter Brasil (2016).

Em consequência das irregularidades encontradas e da recusa da empresa em firmar um TAC, foi proposta uma Ação Civil Pública pelo MPT e lavrados 25 autos de infração contra a M5 Indústria e Comércio Ltda., dona da marca M. Officer.

O MPT requereu na ação que fosse declarada a responsabilidade solidária da empresa pelas irregularidades sociais e trabalhistas ocorridas em sua cadeia produtiva, que fosse de-

terminado que a ré, após o trânsito em julgado da ação, mantivesse a sua cadeia produtiva em consonância com a legislação brasileira, e a condenação da ré ao pagamento por danos morais coletivos além de indenização por *dumping* social (MPT, 2017a).

A empresa foi condenada solidariamente a pagar 6 milhões de reais por trabalho análogo ao de escravo, dos quais 4 milhões por danos morais coletivos e 2 milhões por *dumping* social, além de se comprometer a manter sua cadeia produtiva em consonância com a legislação brasileira, devendo para isso cumprir com sete obrigações propostas pelo MPT, tendo como pena pelo descumprimento o pagamento de 500 mil reais por obrigação e 50 mil reais por trabalhador afetado, além da possibilidade de proibição de registro de ICMS desta empresa no Estado de São Paulo por 10 anos, o que impede a sua atividade no Estado de São Paulo durante igual período (BRASIL, 2017).

Nesse caso a ação civil pública interposta pelo MPT é fundamental para o combate à prática do trabalho escravo, visto que aplicou o reconhecimento judicial da responsabilização da empresa por violações de direitos humanos cometidas em sua cadeia de produção.

5.3 Análise dos Instrumentos Nacionais de Responsabilização de Empresas por Violação de Direitos

Assim, com o estudo dos dois casos apresentados, Zara e M. Officer, é possível concluir que o sistema de Justiça brasileiro possibilita a responsabilização de empresas por transgressão de direitos humanos identificados em sua cadeia produtiva, podendo se identificar três principais mecanismos utilizados pelo Brasil para responsabilizar empresas no caso específico do trabalho análogo ao de escravo.

O primeiro instrumento que pode ser identificado é o TAC, como foi firmado entre o MPT e a Zara Brasil, que promoveu uma série de melhorias nesta empresa desde que foi celebrado, segundo relato do Repórter Brasil e da Somo (2015). O ponto negativo desta medida, entretanto, está no fato de que a empresa não assumiu de forma expressa a responsabilidade pelas violações praticadas e no descumprimento de uma das obrigações estabelecidas, além da dificuldade em fiscalizar de forma adequada o cumprimento do acordo.

O segundo instrumento de responsabilização que pode ser adotado é a ação civil pública, conforme foi proposta pelo MPT no caso contra a M. Officer, que também trouxe resultados positivos ao ter uma sentença procedente reconhecendo a responsabilidade pela cadeia de produção e a obrigação de pagar uma quantia significativa de multa e indenização. O ponto negativo dessa medida, contudo, está na demora do sistema Judiciário brasileiro, que no caso exemplificado demorou cerca de cinco anos para ser julgado, o que é perigoso em casos que envolvem violações tão graves.

E o terceiro instrumento utilizado é a chamada “lista suja” publicada periodicamente pelo MTE, na qual consta o nome de todas as empresas que usam formas de trabalho análogas às de escravo, seja de forma direta ou que se beneficiam dessa prática em sua cadeia produtiva, tendo sido as duas empresas citadas como exemplo inseridas nesse sistema, constituindo esta “uma das medidas administrativas mais bem-sucedidas no combate ao trabalho em condições análogas à escravidão” (TEIXEIRA, 2018, p. 66).

Assim, em decorrência da análise dos casos expostos há, no Brasil, instrumentos eficientes de responsabilização de empresas por violações a direitos humanos, contudo estes

instrumentos ainda precisam de aperfeiçoamento como em relação a fatores como o valor das multas aplicadas e a fiscalização adequada dos compromissos firmados pelas empresas, mas já mostram um grande avanço nesta temática, também sendo uma forma de concretizar os princípios orientadores da ONU.

6 CONCLUSÃO

A partir do entendimento dos diversos estudos expostos provenientes do âmbito econômico, jurídico e psicológico, foi possível chegar a uma resposta para o questionamento inicialmente proposto: indicar quais os meios existentes para minorar e/ou eliminar as violações de direitos humanos pelo setor da indústria têxtil transnacional. Assim, por meio do trabalho realizado elencamos os instrumentos de responsabilização identificados nos casos analisados e concluímos que para que se alcance resultados satisfatórios de proteção aos direitos humanos violados por empresas a abordagem mais adequada é a manutenção do sistema de responsabilização atualmente adotado, investindo no seu aprimoramento.

Desse modo, entendemos que no âmbito internacional deve-se prezar pela difusão e fiscalização de normas de *soft law*, como os princípios “proteger, respeitar e reparar” criados por John Ruggie, para que empresas internalizem o respeito às normas sociais, principalmente de proteção aos direitos humanos, como vem acontecendo. Nesse sentido expõem diversos autores, como Leandro Zanitelli, Joshua D. Margolis e Min-Doung P. Lee, os quais destacam que há uma tendência de dedicação por parte das empresas para alcançar fins socialmente estimados, como pode ser verificado em estudos empíricos, conforme exposto ao longo do artigo.

Nesse viés, para que se alcance um resultado adequado de proteção aos direitos humanos e para que ao mesmo tempo haja uma prevenção de sua violação por empresas, deve-se investir no âmbito internacional no aprimoramento das normas de *soft law* já empregadas, como também na criação de novas normas nesta vertente, devendo este sistema internacional ser complementado pela estrutura estatal de punibilidade de atos de transgressão de direitos humanos praticados por empresas.

Assim, é necessário também aprimorar os meios estatais de repreensão dessas práticas, como foi possível perceber a partir do estudo das punições aplicadas pelo Estado brasileiro na repreensão de utilização de trabalhos análogos ao escravo na indústria têxtil.

Os resultados expostos demonstraram que existem instrumentos para o Estado punir de forma eficiente empresas por violação aos direitos humanos, inclusive responsabilizando-as por ilicitudes praticadas em toda a sua cadeia produtiva. Foi possível identificar três principais instrumentos aplicados pelo Estado no caso de punibilidade de empresas transnacionais da indústria têxtil: a utilização do TAC; da Ação Civil Pública e da Lista Suja.

Apesar, no entanto, dos instrumentos aplicados pelo Estado brasileiro apresentarem bons resultados, ainda há várias falhas que devem ser corrigidas. Por exemplo, a fiscalização dos acordos firmados deve ser adequada e contínua, e a ausência da exigência que na realização do TAC a empresa assuma de forma expressa a responsabilidade pelos atos de violação aos direitos humanos dos quais se beneficiava.

Em decorrência do exposto pode-se afirmar que há instrumentos internacionais e estatais eficientes de responsabilização de empresas por violações aos direitos humanos, e que deve haver uma harmonia/complementaridade entre estes dois âmbitos, forma mais adequada e efetiva, na atualidade, para realizar a prevenção e reparação de violação aos direitos humanos por atos praticados por empresas.

7 REFERÊNCIAS

- ABIT. Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção. *Dados estatísticos*. Disponível em: <http://www.abit.org.br/>. Acesso em: 22 out. 2018.
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, Mar.-Abr., p. 169-217, 1968. p. 176. Disponível em: http://webarchiv.ethz.ch/soms/sociology_course/Lecture6/becker1968.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: *An economic approach*. *National Bureau of Economic Research*, 1974, p. 1-54. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.
- BURWELL v. HOBBY LOBBY STORES, INC., *Decision, No. 13-354*, 723 F. 3d 1114, affirmed; No. 13-356, 724 F. 3d 377, reversed and remanded. 2014. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/13-354>. Acesso em: 16 out. 2018.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Recurso ordinário n. 0001779- 55.2014.5.02.0054*. Recorrente: M5 Indústria e Comércio Ltda. Recorrido: MPT. Relator: Des. Salvador Franco de Lima Laurino. Disponível em: <https://aplicacoes8.trtsp.jus.br/sis/acordaoTurma/index/acordao/processo/20140054292/d%20ata/20171107/numero/20170683502>. Acesso em: 24 set. 2018.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Recurso ordinário nº 00017795520145020054*. Recorrente: M5 Indústria e Comércio. Recorrido: União. Relator: Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros. 2017a. Disponível em: http://aplicacoes8.trtsp.jus.br/sis/acordaoTurma/index/acordao/processo/20140054292/d_ata/20171107/numero/20170683502. Acesso em: 24 set. 2018.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Recurso ordinário nº 00016629120125020003*. Recorrente: Zara Brasil Ltda. Recorrido: União. Relator: Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros. 2017b. Disponível em: http://aplicacoes8.trtsp.jus.br/sis/acordaoTurma/index/acordao/processo/20140054292/d_ata/20171107/numero/20170683502. Acesso em: 24 set. 2018.
- BRITO, Laura Souza e Lima. *Liberdade e direitos humanos: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COMPARATO, Fabio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; RUSSOLI, Lafaiete (coord.). *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 74.
- COOTER, Robert. *Expressive Law and Economics*. 1998. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1623&context=facpubs>
- DIAS, Júnior César. *O trabalho infantil nos principais grupamentos de atividades econômicas do Brasil*. Brasília: FNPETI. 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/estudo/2802c7cc-36a1-c216-cf-ca328630c73119>. Acesso em: 17 set. 2018.
- FEHR, E.; GÄCHTER, S. *Altruistic punishment in humans*. *Nature*. 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/11552998_Altruistic_Punishment_in_Humans. Acesso em: 14 abr. 2019.
- FISCHBACHER, U. et al. *Third-party punishment and social norms*. 2004. Disponível em: <https://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:fffff-9758-127f-0000-00004797af07/iewwp106.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.
- FORTUNATO, Sarita A. de Oliveira. *O trabalho infantil e as políticas públicas para sua erradicação no Brasil: o pensar sobre a infância e a educação*. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade Tuiuti do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Ciências Humanas, Letras e Artes, Curitiba, 2016.
- GALBIATI, R.; SCHLAG, K. H.; VAN DER WEELE, J. J. *Can sanctions induce pessimism? An experiment*. 2009. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1428291. Acesso em: 17 set. 2018.

- GLOBAL JUSTICE NOW. *Reining in Corporations*. Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk//reining-corporations>. Acesso em: 7 set. 2018.
- GLOBAL SLAVERY INDEX. *Country Studies: Brazil*. Disponível em: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/country-studies/brazil/>. Acesso em: 23 set. 2018.
- JOSEPH, Sarah. *Corporations and transnational human rights litigation*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- KALLI, Renan Bernardi; RIBEIRO, Thiago Gurjão Alves Ribeiro. Trabalho escravo contemporâneo e proteção social. In: *Revista Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá: UFMT, v. 1, n. 1, 2015.
- KELL, G. The Global Compact: Selected experiences and reflections. *Journal of Business Ethics*, v. 59, p. 73.
- KNOX, J. H. *Horizontal human rights law*. 2008. Disponível em: <https://wakespace.lib.wfu.edu/bitstream/handle/10339/26074/Knox%20Horizontal%20Human%20Rights%20Law.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.
- LEE, M. D. P. *A review of the theories of corporate social responsibility: Its evolutionary path and the road ahead*. 2008. Disponível em: <http://57ef850e78feaed47e42-3eada556f2c82b951c467be415f62411.r9.cf2.rackcdn.com/Min-2008-ReviewOfTheories.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.
- LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli *et al.* A ONU e a responsabilidade internacional de empresas por transgressão aos direitos humanos. *RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Unesp, v. 5, n. 2, p. 261-274, jul./dez. 2017.
- LESSA, R. R. Z.; REIS, D. M. Submissão das corporações a sanções internacionais e meios não estatais de reparação: possíveis soluções à ineficácia social do Direito ao Trabalho Decente. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, p. 89-113, 2015.
- MARGOLIS, Joshua D.; ELFENBEIN, Hillary A.; WALSH, James P. *Does it pay to be good? A meta-analysis and redirection of research on the relationship between corporate social and financial performance*. Harvard University: Business School. 2007. Disponível em: https://sites.hks.harvard.edu/m-rcbg/papers/seminars/margolis_november_07.pdf. Acesso em: 16 set. 2018.
- MPT. Ministério Público do Trabalho. *Condenada por trabalho escravo, M. Officer pode ser proibida de vender em SP por 10 anos*. 2017a. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/. Acesso em: 23 set. 2018.
- MPT; TEM. Ministério Público do Trabalho; Ministério do Trabalho e Emprego. *Termo de ajuste de conduta – Inquérito Civil n. 000393.2011.02.002/2*. São Paulo, 2011.
- MPT. Ministério Público do Trabalho. *Termo de Ajuste de Conduta entre MPT e Zara amplia responsabilidade em cadeia produtiva da marca*. 2017b. Disponível em: <http://www.prt2.mpt.mp.br/453-termo-de-ajuste-de-conduta-entre-mpt-e-zara-amplia-responsabilidade-em-cadeiaprodutiva-da-marca>. Acesso em: 23 set. 2018.
- NOGUEIRA, Christiane V. *et al.* Recentes avanços legislativos no combate à escravidão. In: *Estudos Aprofundados MPT*, v. 1. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 251.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 1948.
- OSHIONEBO, Evaristus. The U.N. Global Compact and accountability of transnational corporations: Separating myth from realities. *Florida Journal of International Law*, Florida, v. 19, n. 1, p. 2-30, Apr. 2007.
- REPÓRTER BRASIL; SOMO. *Da responsabilização moral à responsabilização jurídica? As condições de escravidão moderna na cadeia global de suprimentos da indústria do vestuário e a necessidade de fortalecer os marcos regulatórios: o caso da Inditex-Zara no Brasil*. São Paulo: Repórter Brasil & SOMO, 2015.
- REPÓRTER BRASIL. *M. Officer é condenada a pagar R\$6 mi por casos de trabalho análogo ao de escravo*. Website. São Paulo: Repórter Brasil, 2016. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2016/11/m-officer-e-condenada-a-pagar-r-6-mi-por-casosde-trabalho-analogo-ao-de-escravo/>. Acesso em: 23 set. 2018.
- RUGGIE, J. G. *Global Governance.net: The Global Compact as learning network*. Global Governance. 2001. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/27800311?read-now=1&seq=4#page_scan_tab_contents. Acesso em: 16 abr. 2019.
- TEIXEIRA, Bárbara Bittar. *Direitos humanos e empresa: a responsabilidade por exploração de trabalhadores em condições análogas à de escravo nas cadeias produtivas da indústria têxtil*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2018.
- UTTING, Peter. *Corporate responsibility and the movement of business*. 2005. Disponível em: [http://unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/67924234EC32460FC125705A002F5FC3/\\$file/MovBus.pdf](http://unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/67924234EC32460FC125705A002F5FC3/$file/MovBus.pdf). Acesso em: 16 abr. 2019.

UNITED NATIONS. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie. Doc. ONU A/HRC/8/5. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/pdf/G0812861.pdf?OpenElement>. Acesso em: 7 set. 2018.

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *The ten principles*. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 16 set. 2018.

WINTER, Luís Alexandre Carta. *O Mercosul e o Sistema Presidencialista*. 2008. Tese (Doutorado em Integração da América Latina) – Integração da América Latina Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. DOI: 10.11606/T.84.2008.tde-10112009-144912. Acesso em: 15 out. 2018.

WINKLER, Adam. *We the Corporations: how american bussines won their civil rights*. 1. ed. New York: Liveright Publishing Corporation, 2018.

ZANITELLI, Leandro Martins. Corporações e direitos humanos: o debate entre voluntaristas e obrigacionistas e o efeito solapador das sanções. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*. 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/corporacoes-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 16 abr. 2019.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.9616>

A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO FORMA DE CONSOLIDAÇÃO DO MERCOSUL: A Busca por uma Efetiva Integração Social

Pedro Ernesto Neubarth Fernandes

Autor correspondente. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Av. Unisinos, 950 – Cristo Rei. São Leopoldo/RS, Brasil.
CEP 93022-750. <http://lattes.cnpq.br/5888656531332568>. <http://orcid.org/0000-0002-3462-6939>. pedroneubarth@gmail.com

Leonel Severo Rocha

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. São Leopoldo/RS, Brasil.

RESUMO

A complexidade cada vez mais presente na sociedade latino-americana nos faz repensar o modelo de integração utilizado pela União Europeia no Mercosul, uma vez que já se identificou não estar este alinhado com a realidade dos Estados da América do Sul. Luis Alberto Warat ensina que é necessário que exista uma emancipação da lei, para que se recupere a sensibilidade que o racionalismo enterrou. Nesse sentido o núcleo da emancipação seria a alteridade e o possível caminho para o sucesso emancipatório a mediação. Tendo por base esses ideais norteadores, busca-se na presente investigação analisar como a mediação, em Luis Alberto Warat, poderia funcionar como um possível instrumento para a promoção da pacificação social e, como tal, poderia solidificar o Mercosul como um processo de integração social. Para isso, realizar-se-á a presente investigação sob a perspectiva de uma abordagem qualitativa, isto é, por meio de consultas realizadas em doutrinas. Além disso, tem-se que o principal aporte teórico utilizado no presente estudo sejam as obras de Luis Alberto Warat, em particular as relacionadas à mediação.

Palavras-chave: harmonização; cultura da paz; mediação em Luis Alberto Warat; Mercosul; transformação do conflito.

WARATIAN MEDIATION AS A FORM OF CONSOLIDATION OF MERCOSUR: THE SEARCH FOR AN EFFECTIVE SOCIAL INTEGRATION

ABSTRACT

The increasingly complex complexity of Latin American society makes us rethink the model of integration used by the European Union, since this has already proved to be inconsistent with the reality of the South American states. In the meantime, Luis Alberto Warat teaches that it is necessary that there be an emancipation of the Right, so that it recovers the sensibility that the rationalism has buried. The core of emancipation, therefore, would be alterity, and the possible path to emancipatory success would be mediation. Thus, it is hoped in this research to analyze how mediation, in Luis Alberto Warat, could function as a possible instrument for promoting social pacification, and also how it could solidify Mercosur, how proces of social integration. Therefore, we chose to carry out the present research from the perspective of a qualitative approach, through consultations in doctrine. It is also highlighted here, as one of the main theoretical contributions used, the studies of Luis Alberto Warat, especially in what concerns mediation.

Keywords: harmonization; culture of peace; mediation in Luis Alberto Warat; Mercosur; conflict transformation.

Recebido em: 1º/10/2019

Aceito em: 6/7/2021

1 INTRODUÇÃO

As propostas de integração regional da América do Sul não são algo recente, na verdade elas remontam aos movimentos de independência do final do século 17, das então colônias espanhola e portuguesa (BUSS; FERREIRA, 2011, p. 2.700). Não obstante essas pretensões originárias, é possível observar que modernamente algumas foram as propostas de integração firmadas na América do Sul, com base no ideal europeu. Como exemplo disso podemos citar a Associação Latino-Americana de Integração (Aladi) e a Comunidade Andina (CAN), todavia com o passar dos anos esses processos mostraram-se não condizentes com a realidade social dos países da América do Sul.

Diante desses fatos é que surge contemporaneamente uma nova necessidade social dos cidadãos sul-americanos, isto é, uma nova forma de consolidação do processo integrativo sul-americano voltada para os próprios países da América do Sul. Nessa senda, deve-se destacar que o presente artigo não busca distinguir o Mercosul dos demais processos integrativos ou aclamar a este, mas sim evidenciar os desafios que este enfrenta e apontar a possibilidade da utilização de terapias mediativas como meio para a consolidação de uma nova etapa a ser atingida por este.

Para tanto, tem-se como problema do presente estudo o seguinte: É possível a utilização da mediação, em Luis Alberto Warat (LAW), como instrumento de promoção da pacificação social e solidificação do Mercosul? Em caso afirmativo, quais são alguns dos meios que poderiam ser seguidos para se atingir esse fim?

Destaca-se, ainda, neste tópico, que este texto adotará como método o dedutivo, utilizando-se a revisão da literatura nacional e internacional como instrumento para obtenção das considerações necessárias. Além disso, como marco teórico utilizar-se-ão os estudos de LAW, em especial os que dizem respeito à mediação.

2 OS DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO SOCIAL

As experiências de integração econômica, diga-se com caráter meramente comercial, já demonstraram ser limitadas, especialmente depois de se haver constatado o fato de que o desenvolvimento de seus Estados-membros poderia ser muito maior do que puramente econômico caso fossem adotadas medidas sociais por meio da aplicação de acordos voluntários e formais, capazes de aprofundar o processo de integração social e aumentar sua eficiência (IZERROUGENE, 2008, p. 103).

Nesse sentido, o êxito dos processos de integração com cunho social e não apenas econômico passa por esforços públicos, capazes de promover os processos de convergência produtiva, institucional e social entre os seus Estados-membros, ou seja, por intermédio uma maior aceitação e aplicação de tratados e acordos por parte dos poderes públicos internos (IZERROUGENE, 2008, p. 104).

O Mercosul, em que pese tenha surgido com objetivos meramente econômicos, poderia adaptar-se a essa nova realidade por meio do aprimoramento do diálogo diplomático e das mais variadas formas de intercâmbio e colaboração (BUSS; FERREIRA, 2011, p. 2.702), passando a ter assim como objetivos “ir além da integração comercial e econômica, abrangendo os âmbitos político, cultural, social e ambiental (FIGUEIREDO, 2014, p. 139).

Nesse viés, é importante destacar que o Mercosul¹ possui como principais características estruturais e funcionais as dispostas no Quadro 1:

Quadro 1 – O Mercado Comum do Sul (Mercosul)

Os seis Estados-parte que compõem o Mercosul – Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Bolívia – ocupam um território de 14,8 milhões de km², têm milhares de quilômetros de fronteiras compartilhadas e abrigam 295 milhões de pessoas (dados de 2014).

O Mercado Comum do Sul (Mercosul), em espanhol Mercado Común del Sur (Mercosur), é um processo de integração regional, firmado em 26 de março de 1991, em Assunção, Paraguai, pelos quatro Estados-parte originários – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

O Mercosul é estruturado da seguinte forma:

- Pelo Conselho do Mercado Comum, que é o órgão político supremo.
- Pelo Grupo Mercado Comum, que é a instituição executiva responsável por fixar os programas de trabalho e negociar acordos com terceiros em nome do bloco.
- Pela Comissão de Comércio do Mercosul, entidade incumbida de apoiar o Grupo Mercado Comum, no que diz respeito à política comercial.
- Conta, ainda, com a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico-Social, a Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul, a Secretaria do Mercosul e o Tribunal Permanente de Revisão.

A sede do Mercosul localiza-se em Montevidéu, Uruguai.

A Presidência do presente processo ocorre de forma Rotativa Pro Tempore (PRPT), é ocupada por 6 (seis) meses e se alterna entre os Estados-parte. A PRPT do Mercosul esteve a cargo do Paraguai entre 21/12/2017 e 18/06/2018.

*A Venezuela está com todos os seus direitos e obrigações suspensos, tendo em vista o disposto no artigo 5º do Protocolo de Ushuaia.

**A Bolívia encontra-se em processo de adesão, aguardando apenas a ratificação parlamentar do Brasil e do Paraguai.

Fonte: JUNG, Pedro Ernesto Neubarth, 2018.²

Nessa esteira, para que efetivamente ocorra a consolidação desse novo modelo de processo de integração, se faria necessário que o Mercosul, por intermédio dos seus Estados, elevasse o nível de bem-estar das suas populações, instituindo métodos que aumentem a participação da sociedade civil. A formação de uma verdadeira cidadania social supranacional passa, por assim dizer, por uma base sólida de direitos sociais mínimos comuns, isto é, por um processo inclusivo de políticas comuns, em conteúdo, formas e quadros institucionais. Não se pode supor, contudo, que a unificação desses processos seja suficiente para garantir *benesses* sociais mínimas à sociedade civil que somente em poucos casos possui plenamente os seus direitos humanos básicos (IZERROUGENE, 2008, p. 108).

Tal constatação pode assim ser observada no Quadro 2, que expõe a falta de incentivos e cobertura social internamente, por parte dos Estados do aludido processo integrativo:

¹ Mercosur. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/>.

² JUNG, Pedro E. N. A *ECOCOMPLEXIDADE DA ADOÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MERCOSUL*. São Leopoldo. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2018.

Quadro 2 – Mercosul: indicadores sociais biênio 2014/2015.

| Estados-membros | PIB per capita (US\$) | Expectativa de vida | Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) | Despesas com saúde per capita (US\$ corrente) |
|-----------------|-----------------------|---------------------|--|---|
| Argentina | 12.449,22 | 76,33 | 0,827 | 605,19 |
| Bolívia | 3.104,96 | 68,74 | 0,647 | 208,78 |
| Brasil | 8.649,95 | 74,68 | 0,754 | 947,43 |
| Paraguai | 4.080,20 | 66,51 | 0,639 | 464,09 |
| Uruguai | 15.220,57 | 77,14 | 0,795 | 1.442,28 |
| Venezuela | N/A | 74,41 | 0,767 | 873,38 |

Fonte: Elaborado pelo autor, a partir de dados do Banco Mundial³.

Destarte, destaca-se, no quadro anterior, que em que pese haja, em alguns dos Estados do Mercosul, um alto PIB per capita, bem como uma expectativa de vida condizente para com as suas próprias realidades, não há gastos harmônicos com saúde e tampouco um IDH igualitário entre seus coirmãos. A exemplo disso podemos destacar a Argentina, que possui um IDH elevado em relação à sua despesa corrente com saúde em relação ao Uruguai, que apresenta um IDH mais baixo e um elevado gasto corrente com saúde, bem como o Brasil, que possui IDH próximo, mas uma diferença substancial em suas despesas com saúde.

Essa falta de paridade socioeconômica afeta de forma direta os Estados, colaborando para a geração de pobreza e exclusão social na sociedade civil, que é subjugada diante da necessidade de sobrevivência geral do mercado. Não menos importante é, também, o fato de que a política social desses não opera apenas como um sistema de proteção e estabilidade social interna, mas, igualmente, atua como forma de gerar o próprio crescimento econômico (IZERROUGENE, 2008, p. 104), o que não vai ao encontro da “ideia de uma América hispânica emancipada da metrópole e unida em forma de [...] uma Confederação de Nações formulada por Francisco de Miranda, em projeto datado de 1784, profundamente democrático e liberal [...]” (FILHO, 2009, p. 23).

Tendo em vista tais problemáticas sociais é que se faz forçosa a realização de mais diálogos, que abordem temáticas pertinentes à agenda internacional e não apenas aos interesses econômicos individuais dos Estados, tais como

[...] temas de la agenda internacional como la pobreza, las desigualdades y la energía. En relación al primero, un análisis detallado y con información estadística de la situación social de América Latina desde el inicio de la guerra fría hacia el presente lo lleva [...] a formular reflexiones sobre los aprendizajes recientes en el ámbito de las políticas sociales y las bases para un plan de acción en materia de pobreza y desigualdad (MANERA, 2015, p. 2-3).⁴

Constata-se, desse modo, que esses diálogos, ora indicados, podem sim ser realizados, não apenas por meios políticos como já vem ocorrendo, mas também mediante processos

³ THE WORLD BANK. Disponível em: <http://www.worldbank.org>.

⁴ “[...] questões da agenda internacional, como pobreza, desigualdades e a energia. Em relação à primeira, uma análise detalhada e com informações estatísticas da situação social da América Latina desde os primórdios da guerra fria até o presente nos leva [...] à formulação de reflexões sobre os aprendizados recentes no campo das políticas sociais e de bases para um plano de ação sobre pobreza e desigualdade”. *Tradução nossa*.

sociodemocráticos como a mediação, em especial aquela proposta por LAW, que será abordada no tópico seguinte, mas que em apertada síntese, busca emancipar-se do Direito a fim de recuperar a sensibilidade sepultada pelo racionalismo.

3 A MEDIAÇÃO EM LAW

Luis Alberto Warat foi um grande pensador que perambulava livremente entre a Filosofia, Psicanálise, Literatura e, também, na teoria do Direito. Suas ideias vanguardistas e radicais surgiam de lugares inesperados, marcando, assim, profundamente todo o universo jurídico. Destarte, Warat teve como grande diferencial a capacidade de inspirar as mais diversas pessoas, reunir amigos e transformar qualquer encontro em um espaço de grande afetividade e genialidade (ROCHA, 2012, p. 207).

Thaines e Melleu, dessa forma, escrevem a respeito da mediação em LAW como sendo o processo de superação da cultura do litígio moderno que objetiva descobrir a verdade por intermédio de um juiz que em muitos casos pensa ser um semideus na descoberta da verdade processual, ou, melhor dizendo, da verdade do seu eu imaginário (THAINES; MELLEU, 2015, p. 32).

Desse modo, afirma-se que a mediação waratiana versa sobre um processo no qual o mediador ajuda os voluntários a chegarem a uma resposta que beneficie a ambos, por intermédio de uma proposta mutuamente aceitável, construída pelos partícipes e estruturada de forma a manter as relações interpessoais envolvidas no conflito (ROCHA; WILLANI, 2014, p. 115).

Diferentemente das correntes de mediação acordistas, todavia, busca a mediação de Warat transformar por meio do entendimento do conflito e proporcionar uma oportunidade para melhorar a vida dos que dela participam (CENTENO; JUNG, 2017).

Nesse contexto, é imperioso advertir-se, ainda, que na contemporaneidade o Direito vive um momento deveras delicado, uma vez que a sociedade não mais se sensibiliza para com o outro, sensibilidade essa que necessita ser resgatada. Para que isso ocorra, contudo, far-se-á necessário desenvolver uma concepção emancipatória do Direito, tendo como sustentáculo dessa emancipação a alteridade, que é a possibilidade de conhecer a existência do outro, isto é, em outras palavras, a capacidade de existir na medida em que tenho a aptidão de reconhecer a existência do outro, e ele a minha própria existência (MELLEU; THAINES, 2015, p. 210).

Warat, dessa forma, ensina de forma brilhante a respeito da emancipação do Direito, destacando que:

Não tenho dúvidas da necessidade de que seja elaborada outra concepção do Direito longe do normativismo. Cabe advertir que, a partir da psicanálise o que mais afeta no processo decisório não é a sua debilidade racional, mas as marcas traumáticas que toda decisão deixa em nossos estados de consciência. A transformação do conflito em litígio exige o percurso institucional de um processo, que inevitavelmente traumatiza as partes. Particularmente me preocupo mais com os traumas processuais do que com os mecanismos com que conseguimos falsificar as fundamentações. Prefiro o Direito muito mais imperfeito e muito mais sensível (WARAT, 2010b, p. 58).

Desse modo, é possível constatar-se, ao mesmo tempo, diante dessas imperfeições, que o racionalismo presente no Direito leva, por conseguinte, à perda da sensibilidade, não deixando se perceber, assim, os reais desejos dos indivíduos, ou como Luis Alberto Warat alude, não deixando perceber que a rua grita e não é escutada pelos operadores do Direito. A rua, nesse sentido, pode ser compreendida como a nova produtora do Direito, ou seja, os excluídos que ali habitam e produzem Direito (MELLEU; THAINES, 2015, p. 209).

A sensibilidade, portanto, não interfere nas práticas jurídicas, uma vez que, se os juristas fossem sensíveis, eles se abririam para perceber as problemáticas das partes e não considerariam o processo apenas como algo formal e burocrático, o qual é submetido a uma legislação processual, que para esses diz mais que a própria vida. Assim sendo, as crenças passam a se fundir com o imaginário instituído dos juristas na ideia de que a Justiça é neutra, que o juiz tem que ser insensível e racional (WARAT, 2010a, p. 41).

Já a intimidade, noutra senda, funciona como limite e condição da autonomia, motivo esse pelo qual se faz necessário construir a alteridade, com extrema seletividade, a qual pode ser chamada de emancipação. É então que surge a possibilidade de outra concepção do Direito, sensível às experiências de emancipação, a alteridade como base de uma concepção emancipatória do Direito que, segundo Warat, somente será possível quando este se abrir para uma mediação de sentidos (THAINES; MELLEU, 2015, p. 40).

Assim, Luis Alberto Warat defende que quando se fala numa mediação de sentido é preciso

[...] começar a falar de Direitos da Alteridade. Os que não seriam outra coisa que devires permanentes produtores do novo com o outro. Sementes de um sentido em comum, em comunidade. Sentidos compartilhados, postos para o acordo. Primeiro esboço de Direitos da Alteridade: (a) Direito a não estar só; (b) Direito ao amor; (c) Direito à autonomia, encontro com a própria sensibilidade; (d) Direito à autoestima; (e) Direito a não ser manipulado; (f) Direito a não ser discriminado, excluído; (g) Direito a ser escutado; (h) Direito a não ficar submisso; (i) Direito a transitar à margem dos lugares comuns, os estereótipos e os modelos; (j) Direito a fugir do sedentarismo como ideologia e retornar à pulsão errância; (k) Direito à própria velocidade; à lentidão (WARAT, 2010b, p. 116-117).

Rocha e Gubert ensinam, outrossim, que a mediação em Warat é mais profunda, assemelha-se a um processo terapêutico, um reencontro amoroso em que o mediador exercerá a função de psicoterapeuta do reencontro, no sentido de realizar experiências para com os mediandos, uma mediação capaz de permitir às partes conhecerem e expressarem os seus sentimentos, uns para os outros, de maneira a transformar a relação que outrora existira e para desintegrar o conflito. Nesse escopo, Luis Alberto Warat aduz que não é possível se estipular um tempo determinado para a realização da mediação, pois cada indivíduo terá o seu próprio tempo de autoconhecimento e, conseqüentemente, de produção da autonomia e da emancipação (ROCHA; GUBERT, 2017, p. 120).

O amor, portanto, é o caminho que há se trilhar para o crescimento pessoal e a mediação, neste escopo, está ligada a uma necessária produção da autonomia. Percebe-se, portanto, que o amor não é algo passível de explicação por intermédio das palavras, o amor é sentir, por meio do corpo e de nosso silêncio, o amor entre duas pessoas é possível quando o encontro ocorre no feminino, haja vista que as transformações masculinas do amor são car-

regadas de ego e pensamentos que nos armam quando chegamos ao encontro com o outro (WARAT, 2004, p. 387).

Assim, a fim de superarmos o modelo hegemônico de direito normativo, como já advertido por Warat, faz-se necessário encontrar a satisfação daqueles que estão envolvidos no conflito. A mediação como um modelo ideal dessa satisfação seria, por conseguinte, a realização do feminino no Direito, isto é, da busca por algo além do simples desejo, uma busca pelo amor que faticamente é uma característica feminina (CENTENO; JUNG, 2017).

Ademais, para se conseguir inserir o amor em uma situação conflituosa é imprescindível que realizemos a nossa transformação interna, pois o encontro com a nossa interioridade é o que modifica o mundo, uma vez que é próprio a cada um de nós produzir diferença para com o outro, a fim de que nasça o novo. É por isso que a produção conjunta da diferença é a mediação, os vínculos quando mediados são produtores diretos da diferença, ou seja, em outros termos, o amor sendo inscrito de dentro do conflito (CENTENO; JUNG, 2017).

A mediação trabalha assim como ponto de transformação das pessoas, com o propósito de conduzir os mediados a mudarem a visão sobre o seu mundo e, especialmente, em relação ao que se faz presente em seu entorno, que proporcionará a realização da alteridade e da responsabilidade. Faz-se necessário, dessa forma, mudar a maneira pela qual olhamos para o outro, a fim de nos fazer refletir o olhar sobre o outro e estarmos a par de que a concepção daquilo que vemos reflete a nossa própria imagem (CENTENO; JUNG, 2017).

Enfim, de acordo com a concepção waratiana, é preciso assimilar o fato de que a mediação é pautada por acordos do coração, uma vez que, num acordo de palavras reside a improbabilidade de sua concretude, levando-se ainda em consideração o fato de estes deverem ser pautados pelos sentimentos, pois há de se considerar a verdade de que as pessoas não se comprometam apenas com a mente, elas se comprometem acreditando na solução dos problemas, uma vez que, caso contrário, os conflitos estariam propensos a se perpetuarem para sempre. É por esses motivos que se faz imprescindível a mudança da forma como olhamos para o outro, a fim de se poder alcançar um grau maior de compreensão do outro e da resolução de problemas aparentemente sem solução (CENTENO; JUNG, 2017).

4 A CONSOLIDAÇÃO DO MERCOSUL PELA MEDIAÇÃO

Diante da identificação dos desafios da integração social, relatados no primeiro tópico, e das imperfeições existentes no sistema do Direito, que se mostra não ser suficiente para a aproximação dos Estados latino-americanos, que são cada vez mais judicializados, é que se acredita que a (re)modelação do Mercosul passe, necessariamente, por terapias mediativas, como a proposta por LAW, por intermédio da alteridade do Direito.

Essa estabilização, por assim dizer, ocorreria em diversas frentes, por exemplo, por meio: a) da intensificação das relações pessoais entre os cidadãos latino-americanos, que aumentaria o desejo destes em verem resolvidas as problemáticas que dissessem respeito a si e a seu entorno, quanto ao processo integrativo, tornando assim mais fácil a relação social contemporânea; b) do fomento ao amor e à cultura da paz, que agiria como um meio de promoção da paz entre os Estados, assim como da comunicação e manutenção do compromisso democrático existente; c) do reforço de mecanismo de soberania, no âmbito dos territórios

nacionais, mediante o respeito e proteção aos direitos humanos, bem como a materialização de uma cidadania latino-americana; d) da realização de acordos pautados na proteção de regiões ecológicas, como a Amazônia, que em que pese encontre sua maior territorialidade em solo brasileiro, poderia ser tratada como um território supranacional, tendo em vista a possibilidade de maior preservação e segurança do aludido bem social, entre os vários países da América do Sul, fortalecendo assim os países membros desse acordo contra os efeitos negativos dos países desenvolvidos (BRAYNER; ALBUQUERQUE, 2015, p. 40); e, também, de

[...] propuestas de “incorporación” de las fronteras, si bien aún no ha repercutido en el diseño de las políticas sociales, permite colegir cual es el carácter esencial de los problemas asignados al movimiento de personas y mercaderías a través de las fronteras entre países en desarrollo. Se trata de problemas expuestos con motivo del tráfico fronterizo, pero sus causas no deben circunscribirse a las condiciones imperantes en los nodos limítrofes ni en áreas o zonas circundantes más o menos extensas. Por eso seguirán siendo inoperantes todas las acciones intergubernamentales circunscriptas a zonas de frontera y limitadas conceptualmente a un plano “social” [...] (HALPERIN, 2014, p. 62).⁵

Por meio de terapias mediativas pautadas no desarme unilateral de tendências violentas em relação ao outro, bem como pela participação da comunidade nas tomadas de decisão e por meio de ações positivas capazes de exigir a efetivação de promessas feitas (WARAT, 2003, p. 137-138), poderíamos chegar a uma unidade latino-americana, por assim se dizer, ora sonhada por Simón Bolívar:

[...] uma unidade latino-americana [...] ideal que acompanhou toda sua luta libertária em favor das nações emergentes do império espanhol no Ocidente, sendo uma constante em seu pensamento. Para ele a Pátria era a América, como afirmou em carta de 1810 a Urdueta. Seu maior desejo era o de formar na América a maior nação do mundo menos por sua extensão e riqueza que por sua liberdade e glória (FILHO, 2009, p. 23).

Dessa maneira, a consolidação do Mercosul por meios mediativos propiciaria ao mesmo tempo não só um aumento fraternal na sociedade latino-americana, mas também “uma perspectiva de mais tranquilidade, mais paz, mais democracia [...] para a América do Sul” (FILHO, 2009, p. 32) por meio da solução de conflitos e dores existentes entre Estados e cidadãos envolvidos, (in)diretamente, nas problemáticas existentes.

Luis Alberto Warat acrescenta ainda quanto à utilização da mediação na região latino-americana, que por se tratar essa de uma região excluída, devemos aprender a reverter esse fato, reagindo às condições de exclusão e abandono. Para tanto é necessário entender como seria possível fortalecer o processo de aprendizagem de organização comunitária, que começa por ensinar a nos desembaraçar dos mecanismos internos de discriminação (WARAT, 2003, p. 106), por meio da coexistência social latino-americana que passa a ser possível quando da compreensão de que o sistema internacional de proteção aos direitos humanos “dialoga”

⁵ “[...] propostas de “incorporação” das fronteiras, embora ainda não se tenha tido impacto de projetos em políticas sociais, pode-se aduzir que a natureza essencial dos problemas atribuídos ao movimento de pessoas e bens através das fronteiras entre os países em desenvolvimento. São problemas expostos em conexão com o tráfego fronteiriço, suas causas entretanto não devem limitar-se aos nós fronteiriços ou as áreas vizinhas, mais ou menos extensas. É por isso que seguem as ações intergovernamentais circunscritas às áreas fronteiriças e conceitualmente limitadas a um nível “social” [...]” (Tradução nossa).

com o Direito interno, no sentido de melhor proteger a pessoa humana sujeito desses direitos (MAZZUOLI, 2008, p. 31).

As “[...] constataciones parecen confirmar que los proyectos de integración física concebidos como tales no resuelven por si mismos las encrucijadas del padecimiento social” (HALPERIN, 2014, p. 68),⁶ motivo pelo qual se faz imperiosa mudanças nesses projetos, que podem passar pela utilização de meios mediativos, capazes de alterar todas as problemáticas existentes ao entorno dos países membros do Mercosul, consolidando-se, assim, promessas que não possuam um cunho meramente econômico, mas também condizente com a realidade social desses Estados, que já se mostraram incapazes de seguir o modelo europeu, justamente em razão de suas realidade tão distintas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As problemáticas enfrentadas pelos processos de integração, e aqui cabe destacar em especial o Mercosul, apresentam cada vez mais problemáticas sociais, sem mencionar ainda a disparidade econômica existente entre os países da América do Sul. Como exemplo disso podemos citar os problemas presentes nas fronteiras e relacionados à temática ambiental, além das diferenças políticas e culturais existentes.

Tem-se, portanto, que para que efetivamente ocorra uma consolidação do social do presente processo de integração, seja necessário um aumento do nível de bem-estar social dos cidadãos sul-americanos. De acordo com a terapia mediativa de LAW, isso se realizaria por meio de pactos do coração, uma vez que em um acordo de palavras reside a improbabilidade de sua concretude. Já aqueles pautados pelos sentimentos estariam ajustados à crença da solução dos problemas, pois caso isso não ocorresse estariam propensos a se perpetuarem para sempre, suposição essa que iria na contramão de um sentimento latino-americano próprio, que consoante almejado por Simón Bolívar seria repleto de paz, tranquilidade, glória, liberdade e democracia.

Nesse contexto, em resposta ao problema levantado na introdução, constata-se que os meios que poderiam ser seguidos para se atingir esse aumento do bem-estar social girariam no entorno da intensificação das relações sociais sul-americanas, assim como da aproximação de seus povos, da preservação do meio ambiente, como objetivo de ordem supranacional, pelos Estados-membros do aludido processo de integração, o que acabaria por solucionar algumas das problemáticas existentes nos países da América do Sul, consolidando, por assim dizer, o Mercosul, que atingiria um novo patamar em seu processo de integração, isto é, não apenas fins econômicos mas também condizente com a realidade social dos Estados do Cone Sul, que já se mostraram inábeis para seguir o modelo de integração europeu.

6 REFERÊNCIAS

BRAYNER, André V.; ALBUQUERQUE, Newton de M. A Unasul e os desafios da integração democrática. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/92>.

⁶ “[...] conclusões que se parece confirmar o fato de que os projetos de integração física concebidos como tal não resolvem a encruzilhada do sofrimento social por conta própria” (Tradução nossa).

BUSS, Paulo M.; FERREIRA, José R. Cooperação e integração regional em saúde na América do Sul: a contribuição da Unasul-Saúde, *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 6, jun. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000600009&lng=en&nrm=iso.

CENTENO, Roséle J.; JUNG, Pedro E. N. A mediação em Luis Alberto Warat como instrumento de pacificação social: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico. *Sociology of Law: perspectivas das relações entre Direito e Sociedade em um Sistema Social Global*, Canoas, 2017. Disponível em: <http://www.sociologyoflaw.com.br/SOCIOLOGY-ANAIS-2017.pdf>.

FIGUEIREDO, Alexandre G. de B. A união de nações sul-americanas: institucionalidade e desafios. *Cadernos Prolam/USP*, São Paulo, n. 24, dez. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/88786>.

FILHO, José S. Mercosul: surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a Unasul, perspectivas de sua evolução. *Revista CEJ*, Brasília, n. 46, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1283>.

HALPERIN, Marcelo. Dimensión social de la integración económica: desafíos y propuestas. *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, La Plata, n. 30, jun. 2014. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/aportes/article/view/3508>.

IZERROUGENE, Bouzid. O desafio da integração social no Mercosul. *Cadernos Prolam/USP*, São Paulo, n. 13, dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/82323>.

JUNG, Pedro E. N. *A ecocomplexidade da adoção de Tribunal de Justiça do Mercosul*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2018.

MANERA, Teresa. América Latina: ¿Integración o fragmentación? *Relaciones Internacionales*, La Plata, n. 35, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1336>.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

MELLEU, Marcelino; THAINES, Aleteia H. Mediação waratiana: uma aposta na alteridade. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Cátedra Luís Alberto Warat*, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf>.

MEUNIER, Isabel; MEDEIROS, Marcelo de A. Construindo a América do Sul: identidades e interesses na formação discursiva da Unasul. *Dados*, Rio de Janeiro, n. 3, jan./jul. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582013000300007&lng=en&nrm=iso.

ROCHA, Leonel S.; GUBERT, Roberta M. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: http://www.fdsu.edu.br/site/revistafdsu2/resultado_revista.php?artigo=233.

ROCHA, Leonel S.; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/4f8d2dab1f07d43b66312cdea67cd4eb.pdf>.

ROCHA, Leonel S. A aula mágica de Luis Alberto Warat. In: STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S.; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

THAINES, Aleteia H.; MELLEU, Marcelino. A mediação entre Teodoro e Vadinho: uma análise waratiana sobre a inserção do instituto da mediação de conflitos no sistema judiciário brasileiro. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Cátedra Luís Alberto Warat*, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4g0e4j23/y5578Q31Kk0lznzX.pdf>.

THE WORLD BANK. Disponível em: <http://www.worldbank.org>.

MERCOSUR. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/>.

VENTURA, Deisy; BARALDI, Camila. A Unasul e a nova gramática da integração sul-americana. *Boletim Pontes ICTSD-FGV*, São Paulo, n. 3, jul. 2008. Disponível em: <https://www.ictsd.org/sites/default/files/review/pontes/pontes4-3.pdf>.

WARAT, Luis A. Direito, sujeito e subjetividade: para uma cartografia das ilusões. *Captura Criptica: direito, política, atualidade*, Florianópolis, n. 2, jan./jun. 2010. Disponível em: http://capturacriptica.cj.ufsc.br/wp-content/uploads/captura_criptica_-_n2v2_completo.pdf.

WARAT, Luis A. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis A. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação*, Brasília. 2003. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaodireitoshumanos.pdf>.

WARAT, Luis A. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Buenos Aires: Angra Impressiones, 1998.

WARAT, Luis A. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. 3. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.10718>

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOBRE A REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.467/2017) SOB A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE ACESSO À JUSTIÇA

Igo Zany Nunes Correa

Autor correspondente. Universidade Federal do Amazonas. Av. Rodrigo Octavio Jordão Ramos, n. 3000 – Coroado I. Manaus/AM, Brasil. CEP 69057-070. <http://lattes.cnpq.br/7157546786072542>. <https://orcid.org/0000-0003-2743-0476>. zanyigo@gmail.com

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Universidade Federal do Amazonas. Manaus/AM, Brasil.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a validade das alterações legislativas trazidas na Lei 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, sob o crivo da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (OEA, 1969) e a previsão normativa internacional sobre o direito de acesso à justiça, sopesando-se a interpretação autêntica trazida pela jurisprudência evolutiva e consolidada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), órgão consultivo e contencioso do sistema regional de proteção criado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a Constituição da República Federativa do Brasil e os novos parâmetros de concessão de justiça gratuita, honorários advocatícios, custas e outras despesas processuais, a fim de subsidiar a aplicação do controle judicial de convencionalidade como instrumento de dupla compatibilidade vertical material, tendo em vista as obrigações estatais de adoção de medidas de consolidação interna dos tratados de direito internacional dos direitos humanos. Serão examinados os impactos das modificações legislativas na garantia de inafastabilidade jurisdição trabalhista, por meio da comparação com os precedentes da CorteIDH e a possibilidade de, por intermédio deles, se reconhecer a inconvenção dos dispositivos que afrontem ou restrinjam o acesso à Justiça. Mediante a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com base no método dedutivo, busca-se traçar o diálogo entre os Direitos do Trabalho e Processual do Trabalho, o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo para fins de aplicação do controle de convencionalidade sobre o direito interno.

Palavras-chave: reforma trabalhista; controle de convencionalidade; direito de acesso à justiça; direitos humanos.

CONVENTIONALITY CONTROL ON LABOR REFORM (LAW 13.467/2017) UNDER THE ANALYSIS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE ON ACCESS TO JUSTICE)

ABSTRACT

This current work focuses on the analyze the validity of the legislative changes brought by Law 13.467/2017, called "Labor Reform", under the sieve of the American Convention on Human Rights (ACHR) (OEA, 1969) and the international normative provision on the right of access to justice, weighing up the authentic interpretation brought by the evolutionary jurisprudence and consolidated by the Inter-American Court of Human Rights (CorteIDH), advisory and contentious body of the regional protection system created by the Organization of American States (OAS), the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the new parameters for granting free justice, attorneys' fees, costs and other procedural expenses, in order to subsidize the application of judicial control of conventionality, as an instrument of double material vertical compatibility, in view of the state obligations to adopt internal human rights. The impacts of legislative changes in guaranteeing unfeasible labor jurisdiction will be examined, through comparison with the precedents of the IACHR and the possibility of recognizing the unconventionality of the devices that confront or restrict access to justice. Through bibliographic and jurisprudential research, based on the deductive method, we seek to trace the dialogue between Labor Rights and Procedural Labor, Constitutional Law and International Human Rights Law, above all, for the purposes of applying conventionality control over domestic law.

Keywords: labor reform; conventional control; right of access to justice; human rights.

Recebido em: 11/5/2020

Aceito em: 19/5/2021

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar os impactos da Lei n. 13.467, de 13.7.2017, sobre o direito de acesso à Justiça na perspectiva da comunidade internacional como direito humano com conteúdo complexo e diversos parâmetros de efetividade estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) em casos similares, para que se possa aferir, ao final, se a dita Reforma Trabalhista encontra-se válida dentro do controle de convencionalidade confrontada com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (OEA, 1969).

A metodologia utilizada será a pesquisa teórico-bibliográfica e jurisprudencial, buscando traçar marcos conceituais que visem o diálogo entre os Direitos do Trabalho e Processual do Trabalho, o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob a nova ótica dialógica entre os diversos ramos do direito e a validade em rede dos direitos humanos sobre todo o ordenamento jurídico, por meio do denominado controle de convencionalidade.

O método de análise científica será o dedutivo, amalgamando as conclusões por intermédio das premissas fixadas pelo normativo internacional em direitos humanos no âmbito interamericano e as novas disposições e/ou releituras de institutos jurídicos trazidas pela Reforma Trabalhista, em específico aquelas que versam sobre acesso à justiça (benefício da justiça gratuita, honorários advocatícios, penalidades processuais e custas judiciais).

2 REFORMA TRABALHISTA E AS ALTERAÇÕES PROCESSUAIS ACERCA DO ACESSO À JUSTIÇA

O ano é 2019 e as notícias que se evidenciaram sobre os efeitos da Lei 13.467/2017, quase dois anos após o início de sua vigência, tinham semelhantes títulos: “*Reforma trabalhista reduz processos e muda a vida de advogados: ‘Fonte secou’*”¹. Quais foram, entretanto, os efeitos mágicos da citada Reforma que fizeram com que os litígios caíssem em escala tão elevada, chegando à redução anual de 34% entre os anos de 2017 e 2018?

A Figura 1 traz dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST)².

¹ ALEGRETTI, Laís. BBC News Brasil. Londres. 8 de jul. 2019. Reforma trabalhista reduz processos e muda vida de advogados: Fonte secou. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48830450>. Acesso em: 17 dez. 2019.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias do TST: “Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos”. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos?inheritRedirect=false. Acesso em: 14 dez. 2019.

Figura 1 – Análise Comparativa das demandas ajuizadas entre os anos de 2017 e 2018



Fonte: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos?inheritRedirect=false

A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) trouxe diversas inovações legislativas em questões materiais e processuais trabalhistas, sob a pretensa justificativa de adequá-las às novas relações de trabalho e, como pano de fundo, de fomentar a criação de novos postos de trabalho e aumentar a confiabilidade nacional para novos investimentos.

Em relação à atuação da Justiça do Trabalho, a citada Reforma evidenciou o desgosto legislativo e empresarial com a jurisprudência consolidada pelo TST e a grande massa de litígios que crescia na referida Justiça Especializada. Com isso, encontrou-se um alçômetro para esse número elevado que não o inadimplemento das verbas trabalhistas ou mesmo a violação às normas imperativas de proteção ao trabalhador: o próprio trabalhador e o acesso à Justiça Laboral.

No campo do acesso à Justiça, considerando a possibilidade de regulamentar por norma infraconstitucional o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, a Reforma Trabalhista limitou a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita aos trabalhadores, retirando a possibilidade de ser aferida pelo Juízo com base na mera declaração, restringindo-a àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) ou para aqueles que comprovem insuficiência de recursos.

A Reforma Trabalhista criou, ainda, vários mecanismos de desestímulo à busca pela intervenção judicial, como a aplicação de custas no caso de arquivamento da ação (extinção sem resolução do mérito) que serão de recolhimento obrigatório ainda que beneficiário da Justiça Gratuita, uma vez que é pressuposto processual para reajuizamento, com caráter intencionalmente sancionatório, somando-se à já existente sanção prevista no artigo 831 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) acerca da aplicação da pena de preempção pelo prazo de seis meses para casos de arquivamento reiterado por duas vezes.

Já no artigo 791-A da CLT, fixou-se grande inovação legislativa que fora a estipulação de honorários advocatícios para as partes sucumbentes no percentual de 5% a 15%, o que até então não havia na Justiça do Trabalho de forma irrestrita, posto que a jurisprudência consolidada requeria a assistência sindical via de regra nas lides empregatícias³, considerando que a marca expressiva de processos era ajuizada via *jus postulandi*, herança marcada pelo tempo em que a Justiça do Trabalho não integrava ramo do Judiciário e tinha como alvo lides de baixa complexidade.

A Lei 13.467/2017 trouxe, ainda, a obrigação de custeio de honorários periciais para os casos de concessão do benefício da justiça gratuita, com possibilidade de retenção de valores de outros processos, caso existente reversão pecuniária a favor do trabalhador (artigo 790-B, § 4º, CLT).

Por fim, em matéria processual, sob a alegação de moralização da área trabalhista, a lei passou a prever expressamente a possibilidade de aplicação da penalidade de multa por litigância de má fé às partes do processo, bem como às testemunhas que intencionalmente alterarem a verdade dos fatos ou omitirem fatos essenciais ao julgamento da causa (artigo 793-A e art. 793-D, CLT).

Sabe-se que se encontram pendentes de julgamentos diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre a restrição do acesso à Justiça criado pela Reforma, evidenciando a que se encontra em julgamento (ADI 5766) proposta pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot. Além, todavia, do parâmetro soberano do Estado Brasileiro – a Constituição Federal –, é relevante analisar se os parâmetros legais também podem ser validados pelas normas internacionais de direitos humanos.

Assim, é importante a definição do direito de acionamento judiciário, contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, definido por Ramos (2018, p. 749), que consiste na faculdade de requerer manifestação do Poder Judiciário sobre pretensa ameaça de lesão ou lesão a direito, sendo um direito de natureza assecuratória, possibilitando a garantia dos demais direitos.

Cunhou-se que esse direito possui duas facetas, sendo a primeira aquela de natureza formal, que consiste no reconhecimento positivado de sua existência, o que não tem o condão de esgotar o conteúdo, uma vez que no seu viés material ou substancial o acesso à justiça só é efetivado quando possibilitada a concessão de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, pela estruturação da Defensoria Pública, pela aceitação da tutela coletiva de direitos e pela efetivação do devido processual num prazo razoável.

³ TST. Súmula 219. Honorários advocatícios. Cabimento (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, §1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I). II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

Igualmente, Bulos (2015, p. 630) assinala que o princípio da inafastabilidade de jurisdição ou ubiquidade é uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, e possui viés negativo que impede que emendas constitucionais, decretos legislativos, resoluções, leis complementares, ordinárias e delegadas não podem ser objeto de propostas tendentes a impedir, direta ou indiretamente, o acesso ao Poder Judiciário.

Essa denominação foi fruto de um árduo e complexo estudo, tendo como expoentes Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que consolidaram a existência das ondas renovatórias do acesso à justiça como uma das maiores preocupações modernas da temática para conter as circunstâncias sociais definidas por eles como barreiras do acesso à justiça, sob a ótica do acionante e do serviço oferecido.

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 7), a primeira onda renovatória do acesso à Justiça consistia na quebra dos obstáculos ligados a fatores econômicos ao acionamento do Poder Judiciário como um serviço público taxado, com altos valores de custas, a sucumbência e os honorários advocatícios.

Isto representa bem mais que uma contraprestação ou oneração do acesso ou movimentação da máquina pública, afetando, de forma não uniforme, aqueles litigantes, tendo em vista que as custas judiciais podem, inclusive, superar o bem pretendido, desestimulando a parte mais fraca por meio das incertezas que permeiam o curso processual.

Em suma, tal perfil repressivo integrou a consolidação das alterações da denominada Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017 –, que, se baseando com exatidão nos supostos altos índices de litigiosidade da Justiça do Trabalho, entendeu por bem “exterminar o doente em detrimento da cura da enfermidade”, incluindo diversas sanções e restrições ao benefício da Justiça Gratuita, sequer vistas em outros ramos processuais, com clara intenção de desarticular a busca pelo Judiciário (COSTA; MONTEIRO; BELTRAMELLI-NETO, 2016, p. 605).

A alteração fora, no mínimo, controversa e representou certo retrocesso social de direitos já adquiridos e ampliados desde a gênese do acesso à Justiça Laboral, incluindo-se não só os direitos trabalhistas propriamente ditos que sofreram mitigação, mas também a garantia de ampla possibilidade de judicialização das violações e ameaças de lesão a direito, conforme se depreende da própria história do benefício da justiça gratuita dentro do Direito Processual do Trabalho como construção.

Em 1946, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – sofreu alteração por meio do Decreto n. 8.737, pelo qual fora incluída dentro das faculdades do Juízo a possibilidade de concessão dos benefícios da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou provarem estado de miserabilidade⁴.

Foi em 2002, todavia, que a CLT fora alterada a fim de dar nova redação aos dispositivos referentes às custas processuais e ao benefício da gratuidade de justiça, outorgando aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância, conceder, a requerimento, ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, nos mesmos termos da redação anterior, acrescentando que seriam devidas àqueles que declararem, sob as penas da lei, que não estariam em condições de pagar custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei Nº 8.737, de 19 de janeiro de 1946. [...] Art. 789 [...]§ 7º É facultado aos presidentes dos tribunais do trabalho conceder ex-offício o benefício da Justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, aqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou provarem o seu estado de miserabilidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8737.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

O texto, ainda que simplista, ampliou vertiginosamente o acesso à justiça gratuita, vez que não colocava o arbítrio ao juiz apenas para avaliar o deferimento ou não do benefício, mas estabelecia como prova suficiente a mera declaração de vulnerabilidade, sob as penas da lei.

Nesse mesmo sentido é a Súmula 463 do TST, último verbete editado pela Corte Trabalhista, adequada às alterações realizadas pelo CPC/2015, transcrita a seguir:

Súmula nº 463 do TST. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) – Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada – DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017. I – A partir de 26.6.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo⁵.

Nas palavras de Watanabe (2019, p. 4), “*não se organiza uma Justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais*”. O autor faz tal referência para considerar que, antes de instituir ou excluir políticas de acesso à Justiça, o Estado deve, sobretudo, levar em conta as questões políticas e sociais vivenciadas pela sociedade, uma vez que o modelo judiciário não deve se apartar dos seus destinatários.

É inegável que a Reforma Trabalhista alterou a sistemática de acesso à Justiça intencionalmente, causando temores daqueles que acionam o Poder Judiciário, sem considerar todas as nuances do cliente primário da Justiça do Trabalho – empregado e todas as circunstâncias sociais que se circundam a ele como: ignorância quanto à existência de direitos trabalhistas, alcances e extensões deles, bem como a própria discrepância processual na produção de provas, uma vez que o obreiro depende de documentos que estão de posse da empresa, testemunhas que, muitas vezes, continuam trabalhando no mesmo posto de trabalho, sem qualquer garantia de indenidade⁶ e a necessidade do crédito alimentar para sobrevivência que só se avoluma ao dano marginal pelo inadimplemento do crédito no tempo correto.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 463 do TST. Assistência Judiciária Gratuita. Comprovação (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) – Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.6.2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 14 dez. 2019.

⁶ TST. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho. Ação civil coletiva. Direitos individuais homogêneos. Pretensão relativa a dispensa e sanções de caráter pecuniário a empregados que propuseram reclamatória trabalhista contra a empregadora e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa. [...] No caso dos autos, verifica-se que a pretensão do Parquet visa a anular e impedir a alegada prática de atos discriminatórios da empresa, concernentes em dispensa e sanções de caráter pecuniário (supressão de gratificações e adicionais), a empregados que ajuizaram reclamatória trabalhista e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa. Trata-se de pretensão relativa a interesse social relevante, objetivando impedir o alegado abuso do direito potestativo patronal (CF/88, art. 7º, I) como forma de retaliação aos empregados que exerceram o direito fundamental de acesso ao Judiciário que implicaria afronta àquela outra garantia fundamental prevista na Constituição da República, concernente a não discriminação (CF/88, art. 5º, caput e inciso XXXV). A hipótese, se confirmada, configurará típico caso de aplicação do instituto que a doutrina jurídica moderna, sobretudo espanhola, denomina garantia de indenidade, a qual consiste em “uma técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais”, na busca da “ineficácia dos atos empresariais lesivos de direitos fundamentais” dos trabalhadores, na expressão dos doutrinadores espanhóis Casas Baamonde e Rodríguez-Piñero. [...] (RE 130206-PA, relator ministro Ilmar Galvão, DJ de 14/8/1992). No âmbito desta Subseção Especializada, há precedentes que também respaldam esse entendimento (E-RR 155200-45.1999.5.07.0024, de relatoria do ministro Lélío Bentes Corrêa, DEJT de 23/3/2012 e E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, relator ministro Ives Gandra Martins, julgado em 29/3/2012, DEJT de 13/4/2012). Logo, diante da relevância do direito perseguido e da plausibilidade da postulação, não há dúvida da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar a presente demanda. Recurso de embargos conhecido e provido (TST; RR-197400-58.2003.5.19.0003; Disponibilização: DEJT – 28.06.2012; relator: ministro Augusto César Leite de Carvalho. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766467556/arr-10571220135150016/inteiro-teor-766467591?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Há necessidade de respeito ao acesso à Justiça como um direito instrumental para garantia de proteção dos demais direitos em caráter universal, como assim alçou relevância para toda a comunidade internacional, conforme se depreende do artigo 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, 1948):

Artigo VIII – Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.⁷

Logo, faz-se imperiosa a análise convalidativa dos novos parâmetros de acesso à Justiça estipulados na legislação brasileira, à luz dos artigos 1º e 2º da CADH (OEA, 1969), que estipulam convencionalmente o dever de adoção interna dos preceitos estabelecidos pelas normas do sistema regional de proteção a direitos humanos.

3 A RELAÇÃO DO BRASIL COM VIOLAÇÕES E CONDENAÇÕES MODERNAS A DIREITOS DOS TRABALHADORES

Não é novidade que o Brasil é cobrado internacionalmente para ampliação do acesso à Justiça aos menos favorecidos; tanto é verdade que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), durante a visita feita no período de 5 a 12 de novembro de 2018, expressamente cobrou explicações das autoridades nacionais sobre os novos ditames reformistas. Transcreve-se trecho do relatório realizado pela CIDH:

Além disso, com base nas informações prestadas pelo Ministério Público do Trabalho, a CIDH observa que alguns pontos da Reforma Trabalhista brasileira, aprovada em julho de 2017, favorecem situações de trabalho em condições análogas às de escravo, como é o caso da terceirização, bem como criam dificuldades para que os trabalhadores busquem reparação perante o Poder Judiciário, a exemplo das restrições no acesso à Justiça e a limitação da indenização por danos morais, fixada de acordo com o salário do trabalhador.⁸

Registrou-se, no mesmo relatório, que no Brasil tem sido identificados grandes focos de trabalho escravo, análogo a escravo e trabalhos forçados/condições degradantes de trabalho, posto que de 2003 a 2018 foram resgatados 44.229 trabalhadores em tal situação, tendo o Brasil sido anteriormente condenado por tal motivo⁹.

Tais dados são alarmantes e demonstram o perfil geral dos litigantes que, em sua maioria, se submetem a subempregos e jornadas extenuantes, além da escravidão clássica, por conivência estatal quanto à impunidade penal, déficit educacional, ausência de conhecimento de direitos e pobreza.

⁷ ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral da ONU, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, 217 (III) A (Paris, 1948). Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 27 dez. 2019.

⁸ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório – observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cidh-recomenda-ampliacao-acesso-justica.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

⁹ CORTEIDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil Sentença de 20 de outubro de 2016*. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

Nota-se, de antemão, que a premissa da qual partiu o legislador é equivocada. O trabalhador moderno não venceu a hipossuficiência e se igualou ao empregador, cuja relação social somente pode ser entendida se considerarmos toda a historicidade do direito do trabalho e não somente buscando atender à demanda de mercado.

Se fosse de fato amparada fielmente no desejo de inovação e atualização legislativa, a Reforma Trabalhista, ao instituir os honorários advocatícios sucumbenciais, teria também instituído a assistência jurídica gratuita aos trabalhadores por defensorias públicas ou especializadas, fato que inexistente até o presente momento.

Já no ano de 2020 o mundo todo atravessa uma grande pandemia pela Covid-19, que, inevitavelmente, impacta nas relações de trabalho por necessidade de isolamento e distanciamento social, estabelecidas pela situação de emergência sanitária. A edição de várias medidas legislativas (MPs 927, 936, 944 etc.) pelo Poder Executivo concretizou-se a fim de minimizar os prejuízos causados e disciplinar, de forma temporária e excepcional, o tripé proteção à saúde coletiva, garantia de renda e manutenção dos postos de trabalho.

Conforme previsões de impacto negativo na economia global e nas relações de trabalho, o anunciado aumento das demandas trabalhistas¹⁰ é uma consequência natural para os períodos posteriores à pandemia e dependerá, sobretudo, do acesso à justiça facilitado e não obstaculizado pelas barreiras estabelecidas pelas alterações feitas pela Lei 13.467/2017.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO PARÂMETRO DE VALIDAÇÃO LEGAL

O chamado “controle de convencionalidade” pode ser definido como a verificação da adequação vertical entre normas de direito interno e tratados internacionais.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade tem o condão de legitimar ou deslegitimar atos normativos e leis internas, tendo como base os compromissos internacionais firmados e a credibilidade dos Estados como entes conviventes da comunidade internacional e coincidentes em prioridades e perspectivas para o bem-estar de todos (MAZZUOLI, 2009, p. 96-97).

Para Ramos (2016, p. 331-332), o controle de convencionalidade possui tanto viés negativo quanto positivo. No primeiro aspecto existe como *controle destrutivo* de invalidação de normas incompatíveis, e no segundo como vetor interpretativo para aprimoramento da interpretação de normas nacionais, comparando-se à interpretação conforme a Constituição.

Leciona o autor que o controle de convencionalidade autêntico é exercido pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos incumbidas da palavra final sobre a adequação e validação de normas nacionais ante os tratados internacionais, enquanto o controle de convencionalidade nacional é aquele difuso exercido com base da própria deferência dada pelo Poder Constituinte a eles (Ramos, 2016, p. 331). Este último caso é denominado, por Figueiredo (2016, p. 89), de controle de convencionalidade *primário*, enquanto aquele outro – o exercido pelas Cortes Internacionais – é chamado de *secundário*.

¹⁰ ARANHA, Daniel Sebadelhe. *Covid-19 e a extinção da Justiça do Trabalho*. Migalhas de Peso. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323182/covid-19-e-a-extincao-da-justica-do-trabalho>. Acesso em: 7 abr. 2020.

Segundo Borges (2018, p. 137), o controle de convencionalidade, no Sistema Interamericano, tem fundamento nos artigos 1.1 e 2 da CADH: a primeira norma estabelece aos Estados-partes obrigações gerais de respeito aos direitos convencionais, e a segunda a obrigação de adotar disposições para harmonizar o direito interno com o interamericano.

Embora seja estudado recentemente na América Latina, o conceito de controle de convencionalidade remete suas primeiras aparições no Conselho Constitucional Francês (Decisão 74-54, DC, de 15 de janeiro de 1975), ao qual compete a análise de constitucionalidade prévia das leis antes da sua aplicação, havendo norma constitucional expressa que garante a hierarquia superior às leis ordinárias aos tratados internacionais (CHAVES; SOUSA, 2016).

Fixou aquele órgão a necessidade da dupla compatibilidade para aferição da legitimidade das leis por própria atribuição constitucional, ou seja, o constitucionalismo respaldou a internalização de direitos humanos. A decisão, embora tenha sido vanguardista na denominação trazida, pecou por desconsiderar quem poderia exercer tal controle.

O controle de convencionalidade assume papel relevante a partir do momento em que os Estados fazem parte de uma comunidade internacional além das suas próprias soberanias, tendo obrigações e deveres mútuos entre si. Assim, não há como se referir a um Poder Constituinte Originário que seja ilimitado ou inicial nas suas bases fundantes, pois, independentemente do momento histórico que passa o país, ou, mesmo, da necessidade de uma nova Constituição, é certo para a sobrevivência do Estado num contexto comunitário e global.

Nesse diapasão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), órgão julgador e consultivo da aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (OEA, 1969) e demais tratados sobre a matéria no âmbito da Organização dos Estados Americanos, decidiu, no caso paradigmático *Almonacid Arellano vs. Chile*, que cabe a todos os entes dos poderes públicos internos a averiguação da compatibilidade de atos e leis às normas de direito internacional, incluindo aqui as três funções estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Transcreve-se trecho do emblemático acórdão proferido:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo¹¹.

¹¹ CORTEIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile Sentença de 26 de setembro de 2006*. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), par. 124. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

No Brasil, conforme entendimento pacificado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados, pelo Estado e que não tenham se submetido ao procedimento do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, possuem eficácia supralegal, ou seja, dentro da escala de validade possuem *status* abaixo da Constituição, mas sempre superiores às leis, como forma de compatibilizar e suavizar barreiras entre a soberania estatal e os compromissos internacionais, evitando também que leis ordinárias ou complementares inutilizem disposições contidas nos tratados.

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 1.1611-1.612), é aqui que ganha força o controle de convencionalidade nacional como instrumento de validação legal de cunho negativo, posto que o STF trouxe a possibilidade de paralisação da eficácia jurídica de toda a disciplina normativa que fosse conflitante, desde que abaixo daquelas consideradas constitucionais, como a procedimentalização da prisão do depositário infiel¹².

É crível verificar que, com a Emenda Constitucional 45/2004, o Brasil criou nítida hierarquia entre os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que aqueles submetidos ao rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal passariam a ter *status* de emenda constitucional, e os demais, apenas ratificados, seguiriam a hierarquia compatibilizada pelo E. STF.

A partir do exposto, para fins de adoção de mecanismo de coerência e obediência metodológica, é importante conceituar o controle de convencionalidade dentro das acepções trazidas por Mazzuoli (2009, p. 97), o qual abarcou a possibilidade de controle difuso e concentrado de convencionalidade das normas internas por meio dos Tribunais Pátrios, como dever estatal estabelecido pela interpretação da CorteIDH acerca dos compromissos aceitos pela ratificação da CADH (OEA, 1969).

No âmbito trabalhista, as Convenções Internacionais, adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), também podem ser consideradas tratados de direitos humanos multilaterais abertos, que visam à regulamentação internacional das relações de trabalho, o que, por certo, abarca uma gama de direitos humanos próprios da proteção e da dignidade do trabalho e do trabalhador.

Tanto é verdade que a Declaração de Filadélfia (1944)¹³, documento anexo à Constituição da OIT, traz, em seu corpo, os princípios fundamentais que tutelam a organização, destacando:

a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum (OIT, 1944).

¹² BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 5º [omissis] LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

¹³ OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Declaração de Filadélfia*. 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

Para fins, todavia, de restrição a objeto e a estudo, o presente trabalho limitou-se a analisar o controle de convencionalidade sobre a CADH (OEA, 1969), tendo como base o direito de acesso à justiça dentro dos *standards* convencionais acerca do direito corolário de toda a base processual estatal nos países pertencentes à Organização dos Estados Americanos (OEA).

Essa necessidade de harmonização das disposições internas como esforço em conjunto latino-americano, Piovesan (2017) conceitua como *ius commune* constitucional da América Latina, o qual busca pavimentar a efetividade dos direitos humanos por toda a região que possui similar colonização e história de desenvolvimento político.

A adoção do perfil constitucional comum traz coesão a eles por meio do fortalecimento das democracias vivenciadas e da atividade dialógica entre constituições e tratados internacionais de direitos humanos como forma de romper com as ordens prejudiciais e impulsionar as transformações estruturais necessária à efetivação desses direitos¹⁴.

Sobre o aspecto transformador da atuação judicial para garantia de direitos humanos, é imperiosa a transcrição da autora:

Outra função assumida pela Corte IDH a fim de materializar os objetivos traçados pelo ICCAL diz respeito à modificação das condições da estrutura social que contribuem para os processos de exclusão. A eficácia das medidas determinadas pelas sentenças interamericanas depende, intensamente, de uma agenda política voltada para os mesmos fins, assim como uma cultura em que magistrados estejam comprometidos jurídica e ideologicamente com a realização dos direitos. Ainda assim, não se deve menosprezar o papel transformador que o direito pode assumir (PIOVESAN, 2017, p. 318).

Em âmbito interno, no ano de 2014 o Excelso Supremo Tribunal Federal decidiu, na Reclamação 18183-DF¹⁵, que as normas oriundas do Poder Constituinte Originário não se submetem ao controle de convencionalidade, resguardando a soberania e a prevalências das decisões fundantes do Estado.

Em claro confronto, entretanto, quando colocado frente a frente com o direito internacional dos direitos humanos, há um catálogo de normas que adere a um núcleo duro de essencialidade que obriga a todos que convivem na comunidade internacional, denominado *jus cogens*, incluindo-se aqui a garantia ao direito assecuratório de acesso à justiça, nas palavras do voto proferido pelo Juiz Antonio Cançado Trindade¹⁶ no Caso Goiburú e outros vs. Paraguai (BLANCO, 2012).

Cite-se enxerto do voto:

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Iusconstitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.356-1.388, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029/20617>. Acesso em: 28 dez. 2019.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Rcl: 18183 DF, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 3/11/2014, Data de Publicação: DJe-246 DIVULG 15/12/2014 PUBLIC 16/12/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339468/reclamacao-rcl-18183-df-stf>. Acesso em: 18 jan. 2020.

¹⁶ CORTEIDH. Caso *Goiburú y Otros versus Paraguay*. Sentença de 22 de setembro de 2006 (Mérito, Reparação e Custas), par. 68. Disponível em inglês: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_ing.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

By correctly affirming that the right for justice to be done is a peremptory norm of jus cogens, I consider that the Court has shown that there are reasons to continue hoping: because, in the end, sooner or later, even in the face of the most cruel State crimes, the law reacts – as testified by this judgment of the InterAmerican Court. Nowadays, the universal juridical conscience has awoken to acknowledge human suffering judicially and to seek its reparation by the guarantee of the primacy of justice in human relations.

Nas lições de Ramos (2016, p. 334), os Tribunais domésticos precisam não só se valer do rol de direitos humanos internacionais, mas também dialogar com as Cortes Transnacionais a fim de reconhecer a interpretação dada por elas quando da aplicação e efetividades de tais direitos, sob pena de aderir sempre à concretude de direitos humanos às interpretações restritivas nacionais em detrimento da universalidade e da progressividade que é característica intrínseca deles quanto à paulatina efetivação.

No Protocolo de San Salvador (1988), adendo à Convenção Americana de Direitos Humanos acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais, reconheceu-se a progressividade como norte de efetividade de tais direitos, obrigando os Estados que garantam o emprego de recursos disponíveis para tanto e se constituindo como um verdadeiro princípio de desenvolvimento progressivo¹⁷.

Ramos (2016, p. 268-269) continua a dissertar que, em países como o Brasil, as políticas de concentração de renda militam contra a efetivação de direitos sociais, atraindo a justificativa geral dos Estados pela escassez de recursos para demandas contínuas e infundáveis a cargo do Poder Público.

5 ACESSO À JUSTIÇA. DESPESAS, CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 13.467/2017 E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTEIDH SOBRE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

Utilizando-se do critério estabelecido por Mazzuoli (2009, p. 96-97) e também mencionado por Ramos (2016, p. 334), a fonte da convencionalidade não reside somente na literalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos e as diversas interpretações que os Estados, dentro das suas soberanias, façam do referido documento, mas da autêntica interpretação dada pelo órgão centralizado dos julgamentos de violações ao tratado CorteIDH.

É imperioso, portanto, o conhecimento jurisprudencial da Corte, inclusive por se tratar de órgão de matriz “precedencial”, com raízes claras na *common law*, ainda que tenha positivado nos dispositivos convencionais a gênese da proteção judicial dos Estados como vetor de proteção aos direitos humanos quando socorrem lesões ou ameaças de lesões.

Dispõem os artigos 8º e 25, respectivamente, da CADH (OEA, 1969)¹⁸:

¹⁷ Artigo 1. Obrigação de adotar medidas. Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo. OEA. Organização dos Estados Americanos. *Pacto de San Salvador* (1988). Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 8 jan. 2020.

¹⁸ OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto San Jose da Costa Rica*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 jan. 2020.

Artigo 8º. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e,
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Exsurgiu da interpretação dos citados artigos, após diversos julgados, que analisaram aspectos do devido processo legal, direito a recursos efetivos, prazos razoáveis e duplo grau de jurisdição; a Corte IDH expressamente atribuiu a eles o sentido normativo de acesso à justiça (BLANCO, 2012), embora não haja denominação semelhante no normativo apreciado.

Cabe referenciar aqui o caso *Cantos vs. Argentina*, que apreciou caso de um empresário que teve seus bens confiscados pelo Estado por perseguição política, sem qualquer possibilidade de utilização do sistema judicial para reaver seus bens e sob a pressão forte e repressiva de custas e despesas. Tal situação levou à condenação daquele país por imposição de custas e outras despesas processuais como instrumento de repressão de litígios.

A CorteIDH fundamentou que o Poder Judiciário Argentino não poderia criar obstáculos para o acesso à Justiça, nem mesmo custas que dificultassem o manejo da máquina pública judiciária, a não ser aquelas que sejam necessárias e razoáveis à administração da justiça, do contrário estar-se-ia diante de uma violação dos artigos 8.1 e 25 da CADH¹⁹.

Aprofundando na questão do mérito, a Corte verificou a suscitada inconvenção na aplicação à vítima (Sr. Cantos) de taxa judiciária no valor de \$83.400.459,10; na época o mesmo correspondia ao dólar americano em paridade, uma vez que na legislação processual argentina as custas processuais equivalem a 3% sobre o valor da causa sem qualquer limitador. Ainda, a Corte debruçou-se sobre o fato de que, em âmbito interno, a vítima não havia pagado no prazo legal o valor e já lhe impunham multa de 50% do valor em débito.

Decidiu a CorteIDH que a Argentina fora violadora ao direito de acesso à Justiça, garantia oriunda do direito de proteção judicial e garantias judiciais, pois, para aquele Tribunal, o valor taxado, além dos honorários imputados a ele, conduziram à soma exorbitante que, por si, inviabilizavam o acesso ao Judiciário e ilegítima supressão da possibilidade de exercício deste direito.

É importante frisar que a CorteIDH refletiu sobre o acesso à justiça e os custos do processo, mencionando que aquele somente é efetivado de forma plena quando se tem uma sentença célere e efetiva, sem que haja o temor de se ver obrigado a pagar somas excessivas e, pior, inviabilizar a vida dos jurisdicionados após o processo quando utilizadas as ferramentas de execução da dívida de cunho processual, como fora no caso.

A seguir é transcrito trecho do julgado sobre a possibilidade de restrição ao acesso à Justiça:

Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho¹⁰¹. En consecuencia, el monto por cobrar en el caso en estudio no guarda relación entre el medio empleado y el fin perseguido por la legislación Argentina, con lo cual obstruye, evidentemente, el acceso a la justicia del señor Cantos, y en conclusión viola los artículos 8 y 25 de la Convención.

¹⁹ Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención. CORTEIDH. *Caso Cantos v. Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

A CorteIDH assinalou que entende que o direito de acesso à Justiça não é absoluto, todavia não há como qualificar como restrição ilegítimo obstáculo fincado pela cobrança judicial de alto montante pelo simples aforamento judicial, uma vez que somente se aceita a limitação guardada relação com o meio empregado e o fim perseguido pela legislação.

Igualmente, rechaçou a condenação de honorários advocatícios sucumbenciais sobre o valor da causa, uma vez que impõe uma carga desmedida ao litigante vencido, transformando-se num elemento obstrutor da ampliação do acionamento jurisdicional.

A partir do precedente criado pela CorteIDH, embora trate-se de contextos diferentes sobre a utilização repressiva das custas processuais e dos honorários advocatícios, passa-se à análise da legislação pátria para fins comparativos.

Nesse ponto, a restrição trazida pela Reforma Trabalhista quanto à limitação da concessão do benefício da justiça gratuita (artigo 790, §§3º e 4º da CLT), fixando como limitador o valor igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), mostra-se inconveniente por restringir indevidamente a benesse de gratuidade, sem qualquer justificativa.

Nada razoável que se presuma a superação aos limites de 40% do maior benefício do RGPS, em torno de R\$ 2.440,42²⁰, a partir de janeiro de 2020, posto que o patamar máximo legal estabelecido não condiz com níveis de hipersuficiência, ou que possam servir para reafirmar possibilidade de custeio processual sem prejuízo a sustento próprio e de família.

Não há semelhante norma em nenhum outro código ou lei processual, uma vez que a justiça gratuita é devida àqueles que possuem insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.²¹

Da leitura do artigo 98 do CPC, resta bem evidente que a avaliação da pertinência do deferimento pertence ao Magistrado caso a caso, por se tratar de subjetivação necessária para atender às necessidades dos litigantes *in concreto*.

Assim, a Reforma Trabalhista, ao criar critérios objetivos, diga-se de passagem, sem qualquer referência científica, sociológica ou econômica, desconsiderou que o trabalhador é ser social hipossuficiente por natureza, o que fora historicamente mostrado no decorrer da estabilização de existência do Direito do Trabalho, carecendo de melhor atenção quando sopesado o acesso à justiça e aceitação dos riscos pecuniários que podem surgir de uma demanda.

O fim perseguido pela legislação trabalhista é a equalização da relação de trabalho em que houve descumprimento de normas; portanto, quando se pondera a restrição trazida pela Reforma Trabalhista, verifica-se que não guarda pertinência com a teleologia do ramo e que a tentativa de desestimular ações trabalhistas foi tomada como decisão política.

²⁰ BRASIL. Portaria Nº 914, de 13 de janeiro de 2020. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social – RPS. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-914-de-13-de-janeiro-de-2020-237937443>. Acesso em: 21 jan. 2020.

²¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jan. 2020.

A violação aos artigos 8º e 25 da CADH resta evidenciada pela adoção dos limitadores do acesso à justiça com claro intuito desestimulador, quando os trabalhadores acionam o Judiciário em busca seus direitos.

Na mesma linha, o Direito Processual do Trabalho ainda guarda matizes de sua época administrativa, adotando, como princípio moderno, o *jus postulandi* (artigo 791 da CLT e Súmula 425 do C. TST) como via de acesso à justiça.

Ocorre que a própria Constituição Federal, no artigo 133, outorga ao advogado a indispensabilidade para administração da justiça, não só em privilégio à classe essencial para salvaguarda do Estado de Direito, mas, também, para aqueles que se socorrem ao Judiciário, garantindo que tenham acesso a uma defesa técnica dentro do processo e possam, ao final, alcançar os ideais de Justiça.

Nas palavras de Watanabe (2018, p. 53), o *jus postulandi* não foi derrocado pela norma constitucional citada no parágrafo anterior, justamente pelo fato de que o modelo adotado pela Constituição para garantia da assistência jurídica gratuita não foi efetivado de forma plena, uma vez que a Defensoria Pública não absorveu as demandas trabalhistas e não possui aparato suficiente para ampliação de seus serviços que estão sendo progressivamente oferecidos.

A Reforma Trabalhista não modernizou a legislação acerca do *jus postulandi*, nem sequer trouxe inovações para garantir a assistência jurídica gratuita ao hipossuficiente; pelo contrário.

Ao trazer as comemoradas disposições sobre honorários advocatícios, criou sistema de compensação entre aqueles recíprocos e os créditos porventura obtidos pela parte sucumbente no processo, ainda que beneficiária da Justiça Gratuita, criando condição suspensiva para exigibilidade no prazo de dois anos, a fim de avaliar a mudança de *status* de vulnerabilidade.

Nessa senda, a CorteIDH analisou no caso Hilaire, Constantine e outros vs. Trindade e Tobago que, dentre os deveres estatais para garantir a proteção judicial contra violações a direitos humanos, está a “assistência jurídica letrada”²², ou seja, cabe ao Estado o fornecimento de patrocínio às causas dos mais necessitados com vistas a tutelar os direitos daqueles que não têm condições de recorrer ao Estado com qualidade assistencial.

Na contramão do entendimento da CorteIDH, o Brasil retrocedeu mais e, ao invés de criar possibilidades para que a Defensoria Pública ampliasse os seus serviços e se estruturasse para receber as demandas trabalhistas, que se diga, de passagem, estão cada vez mais complexas e técnicas, acabou por onerar de forma desproporcional o trabalhador dentro da relação de trabalho, pois, mesmo sem condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo ao seu sustento, passa a compensar o crédito trabalhista que recebeu com a paga honorária de outrem.

Da mesma forma, com claro desiderato repressivo à jurisprudência ativista do Tribunal Superior do Trabalho, a Reforma repassou ao trabalhador o pagamento dos honorários su-

²² CORTEIDH. Caso Hilaire, Constantine e outros v. Trindade e Tobago, par. 148, p. 55. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

cumbenciais, criando hierarquia inexistente entre prestações alimentares de mesma espécie, possibilitando que o crédito do perito possa ser compensado da importância obtida em Juízo (artigo 790-B, §4º).

Por fim, a CLT trouxe para dentro da processualística trabalhista a suposta moralização contida na sistemática de aplicação de multa por litigância de má fé, ampliando o alcance dela não só para partes e intervenientes, mas também para testemunhas.

Embora revestida de proteção à boa fé e à litigância responsável, o impacto pelo temor de possível condenação para testemunha, que também é trabalhadora e hipossuficiente, somada aos baixos níveis de escolaridade, obviamente se somam às dificuldades práticas de que os trabalhadores se voluntariam ou mesmo testemunhem de forma confortável durante as audiências, com evidências por estudos realizados por perfis testemunhais no âmbito da justiça criminal do Ministério da Justiça²³.

Surge disso mais um agravante ao direito de acesso à Justiça, que é a própria retaliação e tentativa de intimidação da testemunha trabalhista que, assim como todas as demais nos processos de outras áreas, submete-se às sanções criminais por crime de falso testemunho (artigo 342, Código Penal).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro que a intenção da Reforma Trabalhista não fora a de modernizar a legislação trabalhista ou atualizar as normas processuais, mas, sim, representou claro retrocesso social na proteção do trabalhador, retirando dele a possibilidade de acesso à justiça de forma ampla, como outrora estipulado, o que claramente contribuía para a melhoria progressiva da condição de vida obreira (artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal).

O caráter repressivo da norma estabelecida atualmente se confronta frontalmente com os parâmetros estabelecidos pela CADH, mais precisamente a partir da interpretação dada pela CorteIDH ao *leading case Cantos vs. Argentina*, uma vez que a utilização de custas processuais, honorários advocatícios e honorários periciais como fator de desestímulo processual, só contribui para a descrença do Poder Judiciário como órgão essencialmente protetor de direitos humanos e agrega sentimento de impunidade tolerada àqueles que veem na Reforma Trabalhista a solução para a diminuição das demandas contra si, apesar das violações às leis do trabalho.

Este trabalho pretendeu contribuir para a análise da invalidade da Lei 13.467/2017, sob a perspectiva também do controle de convencionalidade, a fim de subsidiar a dupla incompatibilidade vertical e material quando somada com a inconstitucionalidade que se verifica pela violação à substância do princípio da inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Em arremate, registra-se que CorteIDH, em competência consultiva, assinalou que a promulgação de legislação manifestadamente contrária às obrigações pactuadas por meio da

²³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. 104 p. (Série Pensando o Direito; 59). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

ratificação e da adesão da CADH (OEA, 1969), culmina na responsabilização internacional do Estado, quando afetarem direitos e liberdades dos indivíduos.²⁴

Isto revela-se mais temeroso ainda ante a situação de pandemia da Covid-19, que preocupa a comunidade internacional pela vulnerabilidade global das relações de trabalho²⁵ como dano colateral advindo das políticas de isolamento e distanciamento social adotadas como medidas paliativas de controle de contágio.

Há redução da produção e do consumo que deságuam impactos diretamente nas relações de trabalho, aumentando, assim, as violações à normativa trabalhista (reduções de jornada, suspensões contratuais, dispensas em massa, etc.) e, por conseguinte, gerando potenciais litígios que podem padecer de ausência de judicialização pelo temor acerca dos riscos da demanda, desestimulada pelas barreiras ao acesso à justiça adotadas pelo direito pátrio.

Não se trata aqui apenas de condicionar o direito interno aos parâmetros convencionais apenas, mas de demonstrar que a adoção da referida normatização possui claro caráter repressivo, o que vai contra o caminho percorrido do Estado Brasileiro na efetivação de direitos de forma progressiva.

7 REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís. *Reforma trabalhista reduz processos e muda vida de advogados*: Fonte secou. BBC News Brasil. Londres. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48830450>. Acesso em: 17 dez. 2019.

ARANHA, Daniel Sebadelhe. *Covid-19 e a extinção da Justiça do Trabalho*. Migalhas de Peso. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323182/covid-19-e-a-extincao-da-justica-do-trabalho>. Acesso em: 7 abr. 2020.

BLANCO, Carolina Souza Torres. O direito de acesso à justiça nas jurisprudências interamericana e brasileira, uma análise comparativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 85-125 jul./dez. 2012. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2012v61p85. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2012v61p85>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 8.737, de 19 de janeiro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8737.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Brasília, DF, jul. 2017. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. 104 p. (Série pensando o direito; 59). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁴ CORTEIDH. *Opinião Consultiva 14/1994*. Responsabilidade Internacional por expedição e aplicação de leis de violação da Convenção (arts. 1º e 2º da convenção americana sobre direitos humanos) solicitada pela comissão interamericana de direitos humanos. Disponível em português em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2128opiniao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

²⁵ OIT. *Covid-19 and the world of work: Impact and policy responses*. ILO Monitor 1st edition – 18 march 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf. Acesso em 16 abr. 2020.

BRASIL. Portaria Nº 914, de 13 de janeiro de 2020. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social – RPS. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-914-de-13-de-janeiro-de-2020-237937443>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Rcl: 18183 DF, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 3/11/2014, Data de Publicação: DJe-246 Divulg 15/12/2014 Public 16/12/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25339468/reclamacao-rcl-18183-df-stf>. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias do TST: *Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos*. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos?inheritRedirect=false. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 463 do TST. Assistência Judiciária Gratuita. Comprovação (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) – Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.6.2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-197400-58.2003.5.19.0003; Disponibilização: DEJT – 28.06.2012; Relator: ministro Augusto César Leite de Carvalho. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766467556/arr-10571220135150016/inteiro-teor-766467591?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI Mauro; GARTH, Bryant, colab. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 87-113. DOI 10.5380/rfdufpr.v61i1.43787. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787>. Acesso em: 7 dez. 2019.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório – observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cidh-recomenda-ampliacao-acesso-justica.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CORTEIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile Sentença de 26 de setembro de 2006*. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), par. 124. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CORTEIDH, *Caso Cantos v. Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

CORTEIDH. *Caso Goiburú y Otros versus Paraguay. Sentença de 22 de setembro de 2006* (Mérito, Reparação e Custas), par. 68. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_ing.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

CORTEIDH. *Caso Hilaire, Constantine e outros v. Trindade e Tobago*, par. 148, p. 55. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

CORTEIDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil Sentença de 20 de outubro de 2016*. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

CORTEDH. *Opinião Consultiva 14/1994*. Responsabilidade Internacional por expedição e aplicação de leis de violação da Convenção (arts. 1º e 2º da convenção americana sobre direitos humanos) solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2128opiniao.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

COSTA, Angelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI-NETO, Silvio. *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Eduardo Biacchi; VILLATORE, Marco Antônio. *Hierarquia das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, na conformidade da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004*. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/eduardo_biacchi_gomes/eduardo_gomes_hierarquia_convencoes.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1. 143p.

ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral da ONU, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, 217 (III) A (Paris, 1948). Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>. Acesso em: 27 dez. 2019.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto San Jose da Costa Rica*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 jan. 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. *Pacto de San Salvador* (1988). Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 8 jan. 2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Covid-19 and the world of work: Impact and policy responses*. ILO Monitor 1st edition – 18 march 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Declaração de Filadélfia*. 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilgia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Iusconstitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.356-1.388, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029/20617>. Acesso em: 28 dez. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos, e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.8941>

ANÁLISE DO DEBATE PARLAMENTAR SOBRE O “INFANTICÍDIO” INDÍGENA

Gabriel Pereira Penna Andrade

Autor correspondente. Universidade Federal de Viçosa – UFV. Av. Peter Henry Rolfs, s/n – Campus Universitário. Viçosa/MG, Brasil.
CEP 36570-900. <http://lattes.cnpq.br/2760993065632943>. <https://orcid.org/0000-0003-1408-1633>. gabriel.andrade@ufv.br

Edson Ferreira de Carvalho

Universidade Federal de Viçosa – UFV. Viçosa/MG, Brasil.

RESUMO

O presente artigo busca empreender o debate acerca da prática conhecida como infanticídio indígena, com foco na elaboração do Projeto de Lei 1.057/2007, que cria formas de combater sua ocorrência. Para tanto foi realizada uma pesquisa documental, procurando evidenciar a relação entre as premissas feitas, suas bases fáticas e modificações no Projeto. Por fim, os resultados foram analisados com o prisma teórico da Legisprudência (WINTGENS, 2006) e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos (HERRERA FLORES, 2009; DOUZINAS, 2013). O estudo permitiu concluir que as discussões apagaram possibilidades que não passavam pela via legislativa, ignoraram a ausência de dados para subsidiar a proposta e seguiram uma postura intransigente que dificultou a participação efetiva dos afetados.

Palavras-chave: direitos humanos; povos indígenas; infanticídio; poder Legislativo; debate parlamentar.

AN ANALYSIS OF THE PARLIAMENTARY DEBATE REGARDING THE INDIGENOUS “INFANTICIDE”

ABSTRACT

This article aims to understand the debate regarding the practice known as indigenous “infanticide”, focusing on the making of the Bill nº 1.057/2007, that creates ways to fight against its practice. To do so, we carried out a documentary research, seeking to put in evidence the connexions between the assumptions made, their factual basis and the changes performed at the bill. Lastly, we analyzed the results using the theories of Legisprudence (WINTGENS, 2006) and of the Critical Theory of Human Rights (HERRERA FLORES, 2009; DOUZINAS, 2013). The study concluded that the debate obliterated all the possibilities but the legislative way, ignored the lack of data capable of giving support to the bill and had an uncomplying stance that turned the effective participation of those affected by it harder.

Keywords: human rights; indigenous peoples; infanticide; Legislative power; parliamentary debate.

Recebido em: 11/4/2019

Aceito em: 19/5/2021

1 INTRODUÇÃO

No dia 1º de junho de 2006 o deputado Henrique Afonso ocupou a tribuna da Câmara dos Deputados do Brasil para discursar em plenário durante o período das comunicações parlamentares. Falou sobre o caso da menina Iganani e sua mãe Muwaji, indígenas da etnia Suruwahá, do Estado do Amazonas. Iganani, segundo o orador, havia nascido deficiente e seria sacrificada por sua tribo caso a mãe não tivesse se manifestado contra a prática, desafiando as crenças de sua comunidade e recorrendo a missionários evangélicos para que as levassem para tratamento médico no hospital Sarah Kubitschek, em Brasília. O deputado, então, afirmou ter sido surpreendido por descobrir que muitas outras etnias indígenas matavam seus recém-nascidos, fato que deveria ser debatido “à luz da Antropologia, da Teologia e de qualquer outra ciência”. Por fim, acrescentou que esperava

que neste país, em que tantas coisas ruins têm acontecido, a campanha contra o infanticídio ganhe força, porque, afinal de contas, são crianças indefesas que, repito, pelo fato de terem nascido gêmeas, com deficiência física ou por causa do código cultural de suas etnias, são destinadas ao sacrifício. Que Deus possa nos encorajar para encamparmos essa luta (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2006)

Esta foi a primeira manifestação em plenário que colocava o chamado “infanticídio indígena” como problema generalizado que deveria ser combatido. O chamado “infanticídio” é, na verdade, tecnicamente classificado como homicídio de recém-nascidos,¹ uma prática cultural atribuída a algumas etnias indígenas por diversas razões, como nascimento de gêmeos, de deficientes, de filhos tidos como havidos fora do casamento ou pela crença de que o neonato traria infortúnio à comunidade (ROSA, 2014).

A partir da fala do deputado Afonso, o infanticídio ganhou a agenda legislativa e passou a ser fonte de conflitos dentro das instâncias legiferantes. Em 2007 o mesmo deputado apresenta em plenário o Projeto de Lei 1.057/2007, apelidado justamente de Lei Muwaji, que teria como objeto “o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais”. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2015 e ainda não foi analisado pelo Senado.²

O debate foi impulsionado em grande parte pela ONG Atini, um movimento contra o infanticídio fundado por missionários que trabalhavam com os Suruwahá. Em 2008 o grupo lançou o docudrama Hakani em parceria com o grupo missionário Jovens com uma Missão (Jocum), que contaria a história de uma garota de mesmo nome que havia sobrevivido à prática. O filme foi criticado pelas organizações indigenistas, que viram na obra a exploração da imagem de membros de etnias indígenas que não praticavam o infanticídio e que foram usados como atores, o que motivou inclusive uma Ação Civil Pública por parte do Ministério Público Federal (SANTOS-GRANERO, 2011; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015).

¹ Embora atécnicamente, será mantida a denominação “infanticídio”, visto se tratar de termo consolidado na literatura sobre o tema.

² A tramitação do projeto refere-se até o dia 14/12/2018.

Rodrigues (2013) revisa as posições científicas sobre o infanticídio classificando-as, conforme sugerido por Gutmann (1993), em três paradigmas: universalismo abrangente, que acredita haver princípios aplicáveis a todos os seres humanos independentemente da cultura e do contexto histórico; relativismo cultural, que nega radicalmente essa premissa, e relativismo político, que defende o uso de meios institucionais para criar deliberações sobre dissenso internos que têm por objeto os significados culturais. O autor consegue encontrar as três posições no debate acadêmico sobre infanticídio, com destaque para a ampla filiação dos membros do movimento Atini ao universalismo abrangente (RODRIGUES, 2013).

O presente artigo também fará uma revisão do debate, propondo-se a mapear o debate parlamentar. Tem por objetivo, desta maneira, evidenciar como se dão as relações entre as bases fáticas, as posições defendidas pelos atores envolvidos (legisladores, poder Executivo e sociedade civil) e suas consequências legislativas. Por razões práticas, o enfoque do artigo será o PL 1.057/2007 que, embora não tenha sido o único projeto de lei que teve por assunto o infanticídio indígena, foi aquele tido como simbólico para o debate e o único que atualmente se encontra em tramitação.

Visto que será mencionado o poder Legislativo dentro de seu poder legiferante, é importante recuperar as contribuições de Luc Wintgens (2006) no campo da teoria da legislação ou, como o autor a denomina, Legisprudência. Para o autor, a teoria estatal clássica do contrato social, que justifica qualquer restrição em conceitos “de liberdade” (*of freedom*, dados pelos indivíduos para si mesmos sem restrições legais) em nome de uma soberania que permitiria ao Estado criar conceitos superiores “sobre liberdade” (*about freedom*, dados externamente a partir da lei), é incorreta a partir do momento em que não considera a liberdade de indivíduos e grupos como princípio reitor da produção jurídico-normativa. Por conseguinte, o conflito é apresentado como necessariamente maléfico em vez de um fato social produtor de significados, consequência da própria complexidade plural da vida em sociedade. Assim, cria-se um modelo estatal descolado da realidade que coleta a vontade dos cidadãos no momento de sua formação e após age indiscriminadamente em nome da soberania, em que a ideia de democracia afasta o próprio conceito de povo, e cuja única fonte de legitimação da norma é uma hipotética procuração fornecida pela totalidade dos cidadãos em passado remoto (WINTGENS, 2007).

A atividade legislativa, segundo a Legisprudência, não é ação arbitrária do legislador, que deve compreender o problema e suas alternativas e escolher a solução mais adequada para manter a higidez do ordenamento jurídico e a liberdade dos indivíduos e da sociedade civil. O entrelaçamento entre os fatos que levaram à criação da norma, os argumentos para sua elaboração e sua estrutura final formam, por conseguinte, um emaranhado inseparável cuja coerência é essencial para a legitimação da norma. Sob esse prisma, é possível analisar a produção de leis a partir da tríade problemas (que englobam os substratos fáticos que levam ao desejo de legiferar), representações sobre o problema (que criam as soluções legais para o tema) e forma final da legislação.

Dessa maneira, propõe-se um modelo de compensação (*trade off*) em que toda restrição à liberdade pessoal deve ser justificada em termos racionais. Assim, o legislador precisa (i) demonstrar que a lei regula uma situação que não pode ser regulada de outra maneira (princípio da alternatividade); (ii) que as sanções eventualmente aplicáveis são estritamente

necessárias (princípio da densidade normativa); (iii) que a norma é adequada ao seu tempo e contexto (princípio da temporalidade) e (iv) que ela guarda coerência com o sistema jurídico (princípio da coerência) (WINTGENS, 2006).

Por se tratar de tema que perpassou várias comissões e tomou diversas formas, optou-se por fazer um apanhado geral das representações legislativas sobre o infanticídio em vez de focar somente na tramitação do PL 1.057. O trabalho, entretanto, procura sempre mostrar como os debates e o Projeto de Lei se influenciaram mutuamente durante sua análise pelos deputados.

A metodologia utilizada parte da análise documental por categorias de dois *corpora*³ inter-relacionados, quais sejam, os dados de tramitação do PL 1.057/2007 e os documentos e discursos apresentados no Congresso Nacional sobre infanticídio. No caso do primeiro, integram o *corpus* o projeto original, todos os relatórios, as emendas apresentadas, as notas taquigráficas do debate de votação no Plenário da Câmara dos Deputados e as notas taquigráficas da audiência pública realizada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal. Para o segundo, foi realizada em 26/7/2018 busca nas bases de dados “Projetos de Lei e outras proposições” e “Discursos” da Câmara e nas bases “Pronunciamentos” e “Projetos e Matérias” do Senado Federal pelos termos “infanticídio indígena”, “Atini”, “Hanaki” e “Muwaji”. O inteiro teor dos documentos encontrados, quando indisponível nas bases citadas, foi solicitado via Lei de Acesso à Informação.⁴

Os documentos pertencentes aos dois *corpora* foram analisados procurando se responder às seguintes perguntas: (i) Qual a posição manifestada pelo autor?; (ii) Quais os argumentos desenvolvidos?; (iii) Qual a base fática dos argumentos e suas fontes?; (iv) Como os argumentos e fatos contribuem para o debate sobre infanticídio (em especial a partir da comparação dos dois conjuntos de texto)?

A estrutura do artigo compreende, de início, discussão sobre a posição do sujeito indígena dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Em adição, faremos uma breve incursão no tema dos direitos humanos e suas críticas de esquerda, uma vez que o terreno dos direitos humanos é uma disputa importante dentro do debate sobre infanticídio. Depois desta exposição teórica, passa-se aos resultados e suas discussões, que serão divididos nos requerimentos de informação, nas audiências públicas e na tramitação da Lei Muwaji propriamente dita.

2 A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA: Entre A Integração e o Reconhecimento

A história do Direito Indigenista no Brasil tem caminhado entre dois polos: de um lado, a visão do indígena como menor, atrasado, o “selvagem” que, ao ser “domesticado” por meio da aculturação perde sua identidade indígena, visão que se denomina “integracionista”, e o indígena como parte de um povo que, apesar de distinto culturalmente, integra a sociedade como igual e cujo conhecimento e costumes são importantes para a cultura nacional, posição conhecida como “de reconhecimento” (BARRETO, 2014, p. 33-44).

³ O *corpus*, cujo plural é *corpora*, é, segundo Bardin (2011, p. 126), “o conjunto dos documentos tidos em conta para serem submetidos aos procedimentos analíticos”.

⁴ Requerimentos com o protocolo 180719-000155 e 180723-000134.

Fazendo a reconstituição da legislação indigenista brasileira, Souza Filho (1992) relaciona o início da política integracionista a um alvará de 1775, que declarava que o casamento entre europeu e indígena não traria nem ao casal nem à sua descendência nenhuma infâmia, lançando as bases para a mentalidade legal de que a integração do indígena ao modo de vida europeu seria benéfico à sua existência. Além dessa norma, tem-se uma Carta de Lei de 1831 que afirmava que os indígenas feitos cativos por ocasião de guerras deveriam ser libertados e entregues ao juízo de órfãos. Tal comando, entretanto, passou a ser interpretado de maneira geral, de forma que todos os indígenas passaram a ser tutelados pelo juízo de menores (SOUZA FILHO, 1992).

Em período mais recente tem-se como exemplo de legislação integracionista a Lei 6001/73, o Estatuto do Índio (EI), ainda em vigor (BARRETO, 2014, p. 33-44; BRASIL, 1973). O diploma legal em questão mostra sua lógica ao definir indígena como indivíduo pertencente a grupo étnico cujas características o distinguem “da” (e não “na”) sociedade e Comunidade Indígena ou Grupo Tribal como sendo necessariamente comunidades não integradas à “comunhão nacional” (artigo 3º, EI). Além disso, o artigo 4º divide os indígenas em isolados, em vias de integração e integrados, deixando claro que a integração seria o ponto de chegada da lei.

A virada rumo ao reconhecimento ocorre com a Constituição Federal de 1988. A partir dela, o Direito Indígena que, além de integracionista, privilegiava somente a posse da terra, em uma postura que Barreto (2014, p. 97-100) denomina de privatista, passa a ser pluridimensional, agregando outros direitos como a língua e a cultura (cf. artigos. 231 e 232 da CF/88). Ela cria, como bem expõe Souza Filho (2013, p. 4.667), um direito de que cada comunidade decida sobre seu livre desenvolvimento dentro de suas próprias visões de mundo.

A inércia do legislador em criar leis infraconstitucionais consagradas pelo constituinte originário, entretanto, levou a um preenchimento da legislação indigenista constitucionalmente adequada por convenções internacionais, em um processo chamado de “convencionalização do Direito dos Povos Indígenas” (HEEMANN, 2017). Assim, documentos internacionais, nem todos vinculantes, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração da ONU Sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas passam a fazer parte dos subsídios legais para decisões judiciais e políticas públicas sobre povos indígenas. Destes, destaca-se a Convenção 169/OIT, promulgada pelo Decreto 5.051 de 2004, que possui ampla gama de direitos e é de cumprimento obrigatório (HEEMANN, 2017).

O ordenamento jurídico indigenista brasileiro permanece, contemporaneamente, composto de diplomas dissonantes. De um lado, tem-se a “tutela-incapacidade”, colocada pelo Estatuto do Índio, que determina ser função do Estado tutelar somente o indígena considerado “não integrado”, incapaz de ser autônomo perante a sociedade como um todo; de outro, tem-se a Constituição e os documentos internacionais que estabelecem a “tutela-proteção”, entendendo o indígena como ser humano vulnerável, ainda que autônomo e digno e, dessa maneira, carente de proteção da mesma maneira que mulheres, trabalhadores e crianças, por exemplo (BARRETO, 2003).

Embora a Constituição e a Convenção 169 possuam *status* superior ao Estatuto do Índio, a mentalidade dos aplicadores do Direito permanece pendendo para o integracionismo e para a tutela-incapacidade, o que leva Souza Filho (1992) a caracterizar o Direito dos Povos

Indígenas como um “Direito Envergonhado”, em que a teoria é plural e democrática, porém a prática permanece eurocêntrica e sectária. De fato, ao observar os estudos empíricos de Becker, Souza e Oliveira (2013) sobre o direito à perícia antropológica no Processo Penal, e Oliveira (2016) e Rebelo e Raio (2017) sobre a proteção da criança indígena, é possível concluir que a mentalidade institucional tende a considerar a identidade indígena como inferior e passível de ser apagada por completo em razão do convívio com o meio externo à comunidade de origem.

3 OS DIREITOS HUMANOS E A HEGEMONIA

A influência que o discurso sobre direitos humanos tem no campo político atual é crescente. Para Moyn (2010), os direitos humanos são vistos como a última utopia do ser humano, promessas ainda inalcançáveis que, não obstante, continuam a influenciar de forma considerável o pensamento jurídico de todos os países, cujas leis são endossadas ou rejeitadas segundo esquema dado *a priori* que seria aplicável a todos as nações, identidades coletivas ou momentos da História humana. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2013), os direitos humanos são uma “frágil hegemonia”, um discurso ao mesmo tempo potencialmente dominador e emancipatório, inafastável do Direito contemporâneo e que deve, por isso, ser construído de forma contra-hegemônica pelos excluídos dentro do mundo capitalista e globalizado.

As críticas aos direitos humanos como conceito vêm em duas frentes: à direita, os direitos humanos são criticados principalmente por serem abstratos e não terem relação com um ser humano real; à esquerda, a crítica geral se inverte, e os direitos humanos ganham um aspecto dominador, fruto de uma classe que é burguesa, ocidental e masculina e que apaga quaisquer outras formas de subjetividade (TOSI; SCORPION, 2017).

É nesse último sentido que Douzinas (2009) argumenta que os direitos humanos, na condição de ideologia dominante do “fim da história”, são repletos de paradoxos, causando sua própria crise. Assim, a mentalidade de resistência política contra o Estado e seu poder se transforma em uma estrutura jurídica complexa de normas e organizações internacionais e nacionais que trazem em seu bojo a negação do caráter político dos direitos humanos; a sua promessa de liberdade transforma-se em controle biopolítico quando a lei invade todos os aspectos da vida social; a razão universal e a proclamação do homem se dissolvem diante dos movimentos identitários e à descolonização; e o chamado “Século dos Direitos Humanos” é também o século do Genocídio de Ruanda (DOUZINAS, 2009, 2013). A reformulação dos direitos humanos passa, dessa maneira, por uma redefinição política e conceitual que não faça uma opção cínica pelo universalismo sem tomar o caminho perigoso do particularismo absoluto, que coloque a alteridade como centro da ética e da normatividade do Direito e permita sua construção não a partir de um fim na História, mas de um caminho contínuo guiado pelas demandas alheias por dignidade (DOUZINAS, 2009).

De maneira semelhante, Herrera Flores (2006) pondera que o colonialismo apaga a diferença ao homogeneizar e inferiorizar as culturas da periferia do capital e ignora sua própria estrutura histórica por meio da criação de um humanismo abstrato que se transforma em demonstração de poder ocidental. Esse humanismo é base para o cometimento de ações que negam a ele mesmo sob o pretexto civilizatório, gerando graves violações de direitos cometi-

das por potências em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento e por grupos internos dominantes sobre minorias. Os direitos humanos devem ser compreendidos, dessa maneira, como processo histórico e contínuo em que a luta de grupos pelos bens materiais e imateriais necessários a sua subsistência geram mudanças na ordem jurídica e social. Aqui, a chave não é um “universalismo de partida”, como quer a ideologia dominante dos direitos humanos, nem um “universalismo de retas paralelas”, que essencializa as identidades ao colocar grupos como culturas estanques e isoladas com poder absoluto de autodeterminação, mas um “universalismo de chegada”, em que a interação intercultural gera novas formas de subjetividade e conquistam demandas para grupos vulneráveis (HERRERA FLORES, 2002, 2009).

Nesse ponto, Boaventura de Sousa Santos (1997) cria uma metodologia que permite o debate intercultural, ao qual ele denomina “Hermenêutica Diatópica”. A metodologia parte da concepção de que cada cultura possui seus *topoi*, lugares argumentativos que dentro de sua lógica cultural própria são tidos como inquestionáveis. Ocorre que as culturas, e por consequência os *topoi* que as informam, são incompletas, podendo ser modificadas dentro da dinâmica social. Caberia aos grupos, dessa maneira, influenciar reciprocamente seus *topoi* em um procedimento dialético, contínuo, horizontal e recíproco, permitindo maior completude de ambas as formas de ver o mundo.

Dentro do debate sobre qual a extensão do poder estatal soberano diante das suas minorias nacionais, essas ponderações são importantes por demonstrar que a pluralidade de formas de ver o mundo também gera pluralidade de soluções para os conflitos entre grupos, e que uma metodologia horizontal e contra-hegemônica traz, em seu arcabouço, não só compromissos éticos com a alteridade como propõem formas inovadoras de pacificação de conflitos.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 Os Requerimentos de Informação

Requerimento de Informação (RIC) é uma modalidade de requerimento prevista no artigo 50, §2º, da Constituição Federal de 1988 e regulada pelo artigo 116 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e 216 e 217 do Regimento Interno do Senado. Os RICs são, como explicitam Mendes e Branco (2017), consequência da função fiscalizadora do poder Legislativo e do sistema de freios e contrapesos típicos da forma republicana dentro do Estado de Direito, estando previsto o direito de demandar informações ao Executivo mesmo em Constituições autoritárias como a advinda da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (AZEVEDO, 2013). Sua importância é tamanha que o decorrer do prazo de 30 dias sem resposta importa crime de responsabilidade para o ministro responsável por fornecê-la (artigo 50, §2º, CF/88). A presente pesquisa encontrou quatro requerimentos de informação relativos ao infanticídio indígena: os RICs 672 e 673/2007, do deputado Marcelo Serafim (PSB/AM), o RIC 1543/2011 do deputado Takayama (PSC/PR) e o RIC 4159/2014, do deputado Arolde de Oliveira.

Os RICs 672 e 673/2007 foram dirigidos à Fundação Nacional do Índio (Funai) e à Fundação Nacional de Saúde (Funasa), respectivamente, demandando se (i) era de conhecimento das Fundações que existiam aldeias que cometiam o infanticídio; (ii) qual o número de crianças mortas devido ao infanticídio nos últimos cinco anos; (iii) quais tribos praticavam o

infanticídio e, no caso do RIC 672, (iv) quais providências a Funai tomava para coibir a prática. A justificativa de ambos os requerimentos é idêntica, e utiliza uma reportagem da Revista Veja como subsídio para a existência da prática, asseverando ser o infanticídio ato contrário ao Ordenamento Nacional e Internacional (SERAFIM, 2007a, b).

Em resposta, a Funai informou que não tinha dados sobre a prática, cuja coleta demandaria tempo e recursos humanos e materiais, além de pessoal técnico com capacitação para atuação em territórios indígenas. Em adição, a Fundação lembrou que o Ordenamento Nacional e Internacional defende a necessidade de respeitar costumes e tradições indígenas, e que a Funai deve seguir essas normativas.

Já a Funasa emitiu Nota Técnica de número 033/2008/GAB/Desai, em que expõe que a Fundação utiliza como registro da mortalidade infantil a Classificação Internacional de Doenças (CID-10), que não possui a categoria infanticídio. Ademais, o infanticídio, na condição crime contra a vida, não é de competência da Funasa, ente administrativo responsável pela política de saúde indígena. Por fim, argumenta que a Fundação criou, em 2008, Comissões Distritais para Investigação de Óbitos Infantis e Fetais para subsidiar políticas públicas. Em despacho que encaminha a Nota Técnica para o Departamento de Saúde Indígena, órgão da Funasa, o autor da nota afirma ainda que a resposta deveria ser avaliada pela administração por envolver “interesses privados de igrejas evangélicas atuantes junto a comunidades indígenas”.

Embora a Funasa afirme não ter dados de infanticídio em comunidades indígenas, o Ofício 892/Aspar/Presi/Funasa do presidente da Funasa para o chefe de Assessoria Parlamentar do Ministério da Saúde possui um anexo com dados de infanticídios por Distrito de 2003 a 2007, citando como fonte o Departamento de Saúde Indígena da Funasa. Os dados mostram a ocorrência de infanticídio somente em dois distritos, ressaltando que, em um deles, ocorreram somente dois casos, podendo concluir que o infanticídio é prática restrita geográfica e culturalmente.

O Requerimento de Informação 1.543 de 2011 do deputado Takayama (PSC/PR) foi dirigido à Funai e tem como escopo questionar (i) qual o número de crianças indígenas vítimas de infanticídio devido ao nascimento com deformações congênitas, outra condição de saúde ou de crianças gêmeas; (ii) qual o órgão ou o setor responsável pelo levantamento desses dados e (iii) com que periodicidade esse levantamento é realizado e qual o método de coleta de dados utilizado. Como justificativa, o autor alega que o infanticídio, apesar de documentado por diversos estudos, não possui dados quanto à sua prevalência, sendo necessárias informações que subsidiem o debate público sobre a prática. Por fim, citou dados do Ministério da Saúde para mostrar que a mortalidade infantil indígena era bem mais alta que da população em geral e que grande parte das causas era desconhecida.

Em resposta, a Funai afirmou que não havia, no requerimento, menção de quais estudos afirmavam a existência da prática, que não havia justificativa plausível para levantar a prevalência do infanticídio devido à inexatidão de sua ocorrência e, portanto, que não havia órgão responsável pelo levantamento e que a Funai realizou frequentemente trabalhos junto aos Conselhos Tutelares e às Varas da Criança e do Adolescente com o intuito de proteger a criança indígena.

O RIC 4.159/2014, de autoria do deputado Arolde de Oliveira (PSD/RJ), dirigido ao Ministério da Defesa, teve como objetivo requisitar dados sobre as causas da alta taxa de mortalidade infantil em áreas atendidas por hospitais militares, em especial em São Gabriel da Cachoeira/AM. O parlamentar pediu informações sobre (i) o número de crianças indígenas nascidas vivas nos hospitais militares em todo o Brasil nos últimos cinco anos, detalhando as regiões e, se possível, os hospitais; (ii) o número de crianças indígenas que morreram nos últimos cinco anos nos hospitais militares em todo o Brasil; (iii) as causas das mortes; (iv) a existência de registros de crianças que chegaram aos hospitais vítimas de práticas culturais que as levaram à morte e quais foram essas práticas; (v) o número de crianças nascidas com deficiência física ou mental ou de gravidez gemelar, o seu acompanhamento pela equipe de saúde e a aceitação por seus povos e (vi) a existência ou não de registros de óbitos de crianças indígenas elaborados por equipes de saúde fora dos hospitais, por equipes que trabalham em áreas indígenas, indicando, em caso positivo, o número registrado, as causas das mortes e as regiões e/ou aldeias.

O Ministério da Defesa informou que não havia registros de mortes por motivos culturais e nem de rejeição de crianças por parte de tribos, ressaltando que o trabalho *in loco* era feito pela Funasa nas aldeias.

4.2 Audiências Públicas e Consulta aos Povos Afetados

A Audiência Pública é instituto previsto de maneira ampla na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 58, §2º, II, e regulamentada em seus pormenores nos artigos 255 a 258 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e 93 a 95 do Regimento Interno de Senado Federal. Trata-se, como bem registra Moreira Neto (1992), de procedimento de democracia participativa que ganha relevo na atual ordem constitucional.

O debate sobre a participação popular amplia-se no pós-Segunda Guerra, quando a queda do fascismo e seu questionamento à democracia como instituição dá lugar à discussão não mais sobre a validade do modelo, mas sobre como, em uma sociedade que se complexifica a cada dia e cujo crescente grau de tecnologização ameaça a própria noção de soberania do povo, pode-se criar um sistema de governo guiado não pela legalidade pura e simples, mas também pela noção de legitimidade, entendida aqui como a correspondência da delegação, execução e finalidade do poder com as vontades sociais dominantes. A Audiência Pública, nesse contexto, é instituto que garante parcela da capacidade jurídica do cidadão de, caso queira, alcançar as instâncias de decisão para tentar modificá-las (MOREIRA NETO, 1992).

No caso das populações tuteladas pela Convenção 169 da OIT há um fator obrigatório adicional de participação, que se trata do Direito à Consulta e ao Consentimento Prévio, Livre e Informado (DCCPLI) inscrito no artigo 6º do referido dispositivo.⁵ Trata-se de mecanismo dis-

⁵ Artigo 6º: 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem; c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado (OIT, 2011, p. 18-19).

tinto das audiências públicas e outras formas previstas regimentalmente pelo Legislativo Federal, diferindo-se na forma da consulta e em sua obrigatoriedade (ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016). Segundo Peruzzo (2017), a consulta prévia é direito público subjetivo das comunidades indígenas, cristalizada pela legislação internacional com o objetivo de diminuir a distorção de anos de dominação física, política e cultural dessas comunidades. O Direito à Consulta cria mecanismos dialéticos amplos, em que todas as etapas são negociadas e direcionadas para o consenso, revelando-se essencial a comunicação não violenta.⁶

A plasticidade do instituto da consulta prévia, embora imprescindível para garantir o respeito às especificidades culturais de cada população, impõe grande desafio para o Estado, que precisa determinar quem serão os afetados e quais metodologias devem ser as escolhidas. Por vezes essas metodologias são colocadas *a priori* pelas próprias populações e desenhadas segundo suas tradições e vivências. Dessa forma, enquanto para os Wajãpi o processo envolve funcionários com poder de decisão que devem ficar alguns dias na aldeia (APINA; APIWATA; AWATAC, 2014), o protocolo Krenak estipula que as reuniões não devem durar mais de um dia (KRENAK, 2017). Como se depreende do artigo 6º da Convenção 169, a consulta prévia não é somente fator de legitimidade da decisão mas, antes, etapa obrigatória para que esta seja legal, tratando-se de um procedimento legislativo da mesma natureza de uma votação, por exemplo.

Foram encontrados seis requerimentos de audiências públicas, das quais cinco foram realizadas nas Comissões de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), Seguridade Social e Família (CSSF) e Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Câmara dos Deputados e na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal.⁷

Em relação ao direito à consulta, não foi encontrada qualquer menção a sua realização em nenhum dos documentos que compõem o *corpus* analisado. Somado a isso, o relatório sobre a situação dos povos indígenas enviado ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas por organizações da sociedade civil menciona que o processo de tramitação do PL 1.057/2007 não contou com consulta (APIB; RCA; DHESCA BRASIL, 2016), o que permite concluir que o projeto teve sério vício de forma.

Um primeiro aspecto importante a se considerar para as audiências públicas é a sua composição. Conforme explicitado anteriormente e posto pelos regimentos das duas Casas, a audiência pública é local de pluralidade, em que todas as visões sobre o assunto devem ter espaço para apresentar suas posições (RICD, art. 256, §1º e RISF, art. 94, §1º). Apesar disso, os requerimentos foram em geral pobres de diversidade, com a participação de pessoas não indígenas favoráveis ao projeto, membros da ONG Atini, indígenas ou não, e indígenas que

⁶ É importante destacar que, embora a consulta não permita um poder de veto, como já explicitado por jurisprudência tanto da Corte Constitucional colombiana como do Supremo Tribunal Federal brasileiro (BIM, 2014), a boa-fé da consulta exige que o governo explicita as razões pelas quais descumpra a vontade expressa no processo e busque as medidas menos danosas para a comunidade que será afetada (ROJAS GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016).

⁷ Foram encontradas (i) duas audiências na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, fruto dos Requerimentos 20/2007 CDHM e 92/2008 CDHM e realizadas nos dias 5/9/2007 e 27/11/2008, respectivamente; (ii) uma audiência na Comissão de Seguridade Social e Família, fruto dos Requerimentos 332/2009 CSSF e 25/2011 CSSF e realizada no dia 14/06/2011; (iii) uma audiência realizada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, a única a tratar diretamente da Lei Muwaji, fruto do Requerimento RDH 8/2016 e realizada em 14/11/2016; e (iv) uma audiência na Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência, fruto do Requerimento 103/2017 CPD e realizada em 24/5/2017.

vivenciaram o infanticídio, além da Funai e da Funasa. Não houve nenhuma previsão nos requerimentos de participação de entidades que trabalhem com a questão indígena, como o Conselho Indigenista Missionário, entidades representativas, como o Conselho Nacional de Mulheres Indígenas ou entidades de classe, como a Associação Brasileira de Antropologia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Alguns atores não governamentais, como Maíra de Paula Barreto (doutora em Direito pela Universidade de Salamanca), Ronaldo Lidório, (antropólogo)⁸ e Márcia Suzuki e Eli Ticuna (Movimento Atini), foram repetidamente convidados. Todos esses agentes eram favoráveis ao PL 1.057/2007. Por duas vezes membros do Parlamento foram interpelados para que houvesse audiências com outras entidades, sem que isso realmente tenha acontecido.⁹

Embora tenha havido restrição de participantes nos requerimentos, em duas das audiências, a convocada pelo Requerimento 20/2007 no âmbito da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados e a convocada pelo Requerimento 8 de 2016 no âmbito da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, houve a participação maior de diversos segmentos sociais. A primeira contou com a participação de não indígenas contrários ao PL 1.057/2007 (Rita Segato, antropóloga) e com representante do Fórum em Defesa dos Direitos Indígenas (Valéria Payê) e das mulheres indígenas no Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres (Jacimar de Almeida Gouveia), enquanto que a segunda, ainda que não tenha contado com lideranças nacionais dos povos indígenas, contou com expositora contrária à proposta (Marianna Assunção, antropóloga). No polo oposto, não houve sequer convocação de entidades governamentais no Requerimento 92/2008 da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, e a audiência se realizou somente com expositores favoráveis ao PL 1.057/2007. Já a audiência pública solicitada pelos requerimentos 332/2009 e 25/2011 da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara, embora tenha convidado um representante governamental, este não compareceu, tendo a mesa a mesma composição homogênea da anterior.

As justificativas dos requerimentos de audiência também são importantes para entender sob quais condições se desenvolve o debate sobre infanticídio. Em geral, baseiam-se em fontes indiretas e suposições para argumentar que o infanticídio é prática corriqueira dentro das tribos indígenas brasileiras. Assim, o REQ 20/2007 CDHM explicita que “existem centenas de casos de crianças indígenas sacrificadas” (AFONSO, 2007a, p. 2), enquanto que os REQs 92/2008 CDHM, 332/2009 e 25/2011 CSSF citam o relatório da CPI da Subnutrição de Crianças Indígenas para sustentar que a desnutrição tem, em pelo menos parte considerável dos casos, causas culturais, chegando a afirmar que “[d]urante os trabalhos daquela CPI os parlamentares foram surpreendidos com uma *causa mortis* de crianças indígenas que para muitos até então era apenas uma lenda. Trata-se do infanticídio praticado por algumas etnias brasileiras por motivações culturais” (DR. TALMIR, 2009, p. 1).

⁸ Lidório por duas vezes enviou como representante Edward Luz, também antropólogo.

⁹ As ocasiões em que houve esses pedidos foram durante a audiência convocada pelos Requerimentos 332/2009 e 25/2011 CSSF, feitos pela líder indígena Rosane Kaingang, e durante a audiência pública convocada pelo Requerimento 8/2016 da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, feito pela antropóloga Marianna Assunção. A última consulta feita pela pesquisa sobre audiências públicas ocorreu em 1º/10/2018.

O relatório da CPI, todavia, aponta como causas fundantes para a alta desnutrição problemas institucionais na Funai e na Funasa, conflitos por terras e desestruturação social (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, p. 186-196). Sobre o infanticídio, em especial, ele é descrito como tendo poucas informações (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, 190-191). Embora o próprio relatório da CPI constate que a prevalência da prática é desconhecida, o Requerimento 25/2011 CSSF afirma, sem citar fonte, que a audiência pública que requisita deve ser realizada com urgência, uma vez que “[há] evidência que inúmeras crianças indígenas são mortas mensalmente apenas por serem portadoras de deficiência ou de problemas de saúde” (LUCENA, 2011, p. 4).

As posições dentro das audiências foram relativamente homogêneas. Os defensores do projeto de lei não indígenas e os membros da ONG Atini argumentavam que o infanticídio não só era uma prática corriqueira como também que as demandas pelas mudanças normativas partiam dos próprios povos indígenas. Foram citadas cifras de “pelo menos 200 [infanticídios por ano]” (Márcia Suzuki, audiência REQ 20/2007 CDHM), “uma boa centena de crianças” (Edward Luz, audiências REQs 332/2009 e 25/2011 CSSF) e 30 etnias que o praticam e provavelmente mais de mil crianças mortas por ano¹⁰ (Damares Alves, Movimento Atini, audiência REQ 103/2017 CPD). Entre os indígenas prevaleceu o relato sobre situações pessoais com o infanticídio e a demanda por políticas públicas de forma ampla, sem necessariamente adentrar no assunto do PL 1.057/2007. Os argumentos legais foram praticamente inexistentes, com exceção das falas feitas por Maíra Barreto (audiências REQ 20/2007 CDHM e RDH 8/2016).

Já no que respeita aos expositores contrários ao projeto, os argumentos centraram-se (i) no fato de o infanticídio ainda ser mal compreendido, não havendo razões para considerá-lo prática típica de povos indígenas; (ii) que o protagonismo indígena e o diálogo em direitos humanos são mais eficientes do que a imposição legal do ponto de vista moral, principalmente tendo em vista a história de dominação colonial; (iii) que o PL 1.057/2007 era, em especial, uma forma de dominação que descendia da dominação colonial; (iv) que há outros problemas que têm sido ignorados pelo Congresso Nacional, como o sucateamento das agências indigenistas; (v) que a lei estigmatiza os povos indígenas; (vi) que é impossível de ser aplicada dada a estrutura das agências governamentais e que, inclusive, dificulta as ações indigenistas ao criminalizar qualquer pessoa que deixe de denunciar uma “situação de risco” e (vii) que é inócua, visto que suas previsões já teriam base legal.

As intervenções de parlamentares foram em geral, com raras exceções, destinadas a ressaltar que as culturas são dinâmicas e que o direito à vida é direito garantido pela Constituição independentemente de origem social. Por vezes houve a reafirmação de dados apócrifos sobre infanticídio, como a cifra de 200 infanticídios/ano (Henrique Afonso, audiência REQ 20/2007 CDHM) e 20 etnias que a praticam (Rosinha da Adefal, audiência REQ 103/2017 CPD).

¹⁰ Quanto à estimativa de mais de mil crianças, é importante ressaltar a título de comparação que, segundo os dados fornecidos pela Funasa no contexto do RIC 673, a mortalidade infantil por todas as causas de 2003 a 2007 não ultrapassou a casa das mil crianças.

4.3 Análise Crítica do Projeto de Lei 1.057 de 2007

O Projeto de Lei 1.057/2007 foi proposto pelo deputado Henrique Afonso, à época filiado ao Partido dos Trabalhadores do Estado do Acre. O projeto começa afirmando que o Estado respeita os costumes e as práticas de povos não tradicionais, desde que estes estejam em conformidade com os direitos humanos e fundamentais (artigo 1º). Em seguida, passa a um rol exemplificativo das práticas consideradas nocivas incluindo, além de homicídio, abuso sexual e maus-tratos (artigo 2º). Os artigos 3º, 4º e 5º criam notificação compulsória em casos em que haja “suspeita ou confirmação de gravidez considerada de risco” ou “de crianças correndo risco de morte” tipificando, inclusive, o crime de omissão de socorro aos que não o fizerem. O artigo 6º estabelece o dever das autoridades judiciárias de retirar as crianças ou genitores do convívio do grupo, devendo encaminhar as primeiras para adoção caso o poder público não consiga convencer a comunidade a abdicar da prática tradicional. Por fim, o artigo 7º cria, de maneira ampla, o dever de realizar o diálogo em direitos humanos com vistas a abolir as práticas tradicionais chamadas “nocivas”.

Na justificativa, o parlamentar cita uma série de recomendações internacionais que afirmam que os Estados-parte na ONU e na Convenção 169/OIT devem se esforçar para erradicar práticas tradicionais que sejam nocivas às crianças e aos adolescentes. Afirma o autor que

[s]abe-se que, por razões culturais, existe a prática de homicídio de recém-nascidos, o abuso sexual de crianças (tanto por parte de seus genitores quanto por parte de estranhos), a desnutrição intencional, entre outras violações a direitos humanos fundamentais. Destaca-se que tais práticas não se circunscrevem a sociedades indígenas, mas também a outras sociedades ditas não tradicionais (AFONSO, 2007b, p. 6).

Afirma ainda que, de acordo com a Funasa,

entre a etnia Yanomami, o número de homicídios elevou o coeficiente de mortalidade infantil de 39,56 para 121, no ano de 2003. Ao todo, foram 68 crianças vítimas de homicídio naquele ano. No ano seguinte, 2004, foram 98 as crianças vítimas de homicídio (erroneamente divulgado como infanticídio) (AFONSO, 2007b, p. 7).

Os dados apontados pelo autor destoam dos fornecidos posteriormente pela própria Funasa à Câmara dos Deputados, que apontou 74 e 58 mortes totais de crianças no Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) Yanomami de 0 a 5 anos nos anos de 2003 e 2004 (NOTA TÉCNICA nº 033/2008/Astec/Gab/Desai) e 22 e 16 mortes por infanticídio entre membros da etnia Yanomami em 2003 e 2004 (Ofício nº 892/ Aspar/Presi/Funasa). Cita também um caso de gravidez resultante de estupro de uma índia Apurinã, referenciando notícia do portal Terra que em momento nenhum cita que a motivação decorreu de práticas tradicionais.¹¹

Consta do Parecer nº 01 CDHM, da deputada Janete Pietá, que o projeto peca ao (i) caracterizar pelo rótulo de “nocivas” as práticas tradicionais, o que estigmatizaria os povos indígenas; (ii) apresentar disposições penais, o que pode acabar inviabilizando o trabalho nas comunidades indígenas e (iii) não ter como foco o protagonismo dos povos indígenas na luta contra o infanticídio. Para justificar o ponto (iii), a relatora traz como subsídio a fala de Valéria

¹¹ A notícia está disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI949683-EI306,00.html>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

Payê feita por ocasião da audiência pública convocada pelo REQ 20/2007 CDHM, além de moção aprovada na II Conferência Nacional de Política para as Mulheres. Como solução, a relatora apresenta como única disposição a campanha pedagógica, citando um rol exemplificativo das práticas que deveriam merecer atenção. O Parecer 03/2009 CDHM apenas melhora a técnica legislativa, sem trazer avanço substancial. O Parecer 05/2011 CDHM não acrescenta nada na justificativa, mas cria em dois artigos o Conselho Nacional dos Direitos Indígenas (CNDI) e o Fundo Social Nacional dos Direitos Indígenas, sem explicitar suas funções. O Parecer 06/2011 CDHM entende que esses órgãos não podem ser criados por lei de iniciativa de parlamentares, mantendo a sugestão de sua criação no âmbito da justificativa.¹²

Na CCJC, o deputado Alessandro Molon cita uma série de normas nacionais e internacionais para comprovar que, do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, as práticas tradicionais que oferecem riscos às crianças e aos adolescentes devem ser coibidas, acrescentando que o texto da deputada Pietá criava uma legislação não autoritária e que se centrava no diálogo, recomendando, assim, sua aprovação.

O Plenário levou o projeto para direção bastante distinta das Comissões. Foram recebidas duas emendas integralmente aprovadas pelo relator em Plenário, deputado Marcos Rógerio (PDT-RO), na forma de substitutivo. Enquanto a Emenda nº 2 trazia poucas modificações ao projeto, permitindo apenas que entidades privadas pudessem auxiliar o poder Público na erradicação de práticas tradicionais nocivas, a Emenda nº 1, do deputado João Campos, representava uma volta ao projeto original, inclusive nas cláusulas de criminalização e retirada de crianças e genitores de suas comunidades. Além disso, aumentava o rol de incidência da norma para alcançar também mulheres e idosos e apresentava, em sua enumeração do que seria prática coibida, “estupro individual ou coletivo”, “escravidão”, “tortura” e “abandono de vulneráveis”.

Do relatório, que acolheu as emendas, consta de forma ampla e genérica que o substitutivo aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Minorias encontrava-se “desatualizado” diante das novas informações sobre a prática, sem discriminar quais seriam essas novas informações nem quais seriam as suas fontes. Importa acrescentar que, após a reafirmação do substitutivo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias por meio do relatório da Comissão de Constituição e Justiça, ocorrida em 2/7/2013, a presente pesquisa não encontrou nenhum registro de audiência pública, tendo havido somente o Requerimento de Informação 4.159/2014 que, como já explanado, não acrescentou informações ao assunto. Dessa forma, se o relator teve contato com outras informações, essas lhe foram dadas de forma privada e sem oportunidade de contraditório, violando a própria estrutura dialética do processo legislativo democrático.

Em plenário, novamente, as opiniões incutidas foram relativamente homogêneas. Entre aqueles contrários à proposta havia quem defendesse o substitutivo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, alegando ser menos invasiva à cultura indígena e mais eficiente, e outros que defenderam a rejeição do texto, uma vez que a legislação já lidava com a questão,

¹² Os pareceres nº 2 e 4 são idênticos aos pareceres 1 e 3, respectivamente, não merecendo análise em separado

ainda que de forma inespecífica. Já aqueles favoráveis ao projeto afirmavam que, se existia conflito entre o direito à vida e a cultura, esta deveria sucumbir àquela.

No que diz respeito ao suporte fático, encontra-se nas notas taquigráficas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015b, p. 170) uma fala do deputado Sóstenes Cavalcante (PSD-RJ) que afirmava ser o infanticídio o responsável pelo aumento da taxa de homicídios da cidade de Caracaraí (Roraima) no ano de 2014, com o total de 37 infanticídios. A afirmação não tem suporte nos dados fornecidos pela plataforma DATASus, que apontam ter havido na cidade a morte de 15 crianças de zero a quatro anos por causas externas no período.¹³

O substitutivo do relator foi aprovado quase inteiramente, tendo sido suprimido apenas o §3º, que remetia ao artigo 21 do Código Penal,¹⁴ sobre as condutas de indígenas que comessem ou se omitissem perante as práticas enumeradas como nocivas.

Em suma, o processo de tramitação do PL 1.057/2007 na Câmara dos Deputados parte de cinco pressupostos, a saber: (i) o infanticídio indígena é prática comum no Brasil, com centenas de crianças mortas todos os anos; (ii) o processo de criação deve ser dialético e ouvir todos os envolvidos; (iii) é necessário criar uma lei para regular a situação; (iv) trata-se de conflito entre a cultura e a vida, em que a primeira deve sucumbir diante da última; e (v) a lei deveria conter medidas coercitivas e de educação em direitos humanos.

Esses pressupostos retóricos são, entretanto, bastante criticáveis diante do prisma teórico adotado. No caso do argumento da alta prevalência do infanticídio, a ausência de dados oficiais sobre a prática deu lugar, na fala de deputados, a explicações e ilações sem fonte sobre práticas que inclusive exacerbam o objeto “infanticídio”.¹⁵ Em contraposição, outras questões importantes que poderiam ter sido abordadas em um substitutivo, como a alta mortalidade infantil indígena devido à desnutrição, foram ignoradas pelo Parlamento.¹⁶ Seria possível, por exemplo, que o projeto passasse a ser uma lei de prevenção à mortalidade infantil indígena, situação em que há dados e que abarcaria o infanticídio, o que de fato não foi a saída escolhida.

¹³ Consulta realizada em 19 de outubro de 2018. Campos consultados: Óbitos por residência; Município: Caracaraí; Faixa etária: Menor 1 ano, 1 a 4 anos; Período: 2014. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/ext10rr.def>

¹⁴ Art. 21 – O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

¹⁵ A título de exemplo, cita-se o discurso do deputado Roberto de Lucena feito no Plenário da Câmara no dia 19/4/2011, por ocasião do Dia do Índio. O deputado afirmou ter tomado conhecimento de que estaria entre as práticas indígenas o que ele chamou de “puxium”, que consistiria no estupro coletivo de uma menina que acabasse de chegar na puberdade, afirmando estar reunindo informações sobre a prática para combatê-la. A presente pesquisa, em consulta realizada às bases de dados Scielo, Redalyc, Plataforma Capes e Google Acadêmico no dia 24/10/2017, não encontrou qualquer artigo científico que mencione o “puxium”. Consulta realizada pelo buscador Google na mesma data não mostrou qualquer resultado em páginas não científicas da Rede Mundial de Computadores para a palavra além da própria transcrição do discurso. O termo não foi mais utilizado em Plenário e não há qualquer documento, nem do deputado Lucena nem de qualquer outro, que o utilize, segundo pesquisa realizada nos buscadores da Câmara dos Deputados.

¹⁶ De fato, após 2008, ano de lançamento do relatório final da CPI da Desnutrição Infantil Indígena, houve somente um requerimento na Câmara dos Deputados para discutir a questão, e nenhum projeto de lei ou indicação. Pesquisa realizada em 28/10/2018 na base “Projetos de Lei e outras Proposições”. Variáveis: ementa e indexação: presença da palavra “indígena” junto as palavras “desnutrição” ou “subnutrição” ou “mortalidade”.

Seguindo, a afirmação de que o processo foi participativo também merece questionamento. Embora o relator em Plenário tenha afirmado que “[o] presente Projeto de Lei já foi amplamente discutido nesta Casa com a participação dos indígenas, da sociedade, [sic] e dos órgãos que desenvolvem as políticas indigenistas” (ROGÉRIO, 2015, p. 1), a análise dos dados mostra que a participação nas audiências públicas foi relativamente limitada, sem contar com participação ampla de alguns setores. Além disso, os argumentos apresentados em audiência pública, citados e valorizados pelos relatórios da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, não constam do referido relatório que, em nome de uma suposta “melhor compreensão do processo”, resgatou o projeto original. Também é importante mencionar que a Consulta aos Povos Indígenas Afetados, que se trata de condição mínima para garantir, além da legitimidade, a legalidade do processo legislativo, não foi realizada.

A falta de diálogo e dados idôneos e a aprovação de uma lei bastante coercitivistica sobre o infanticídio podem ser, em adição, formas de escamotear as violências sofridas por minorias indígenas e reafirmar posições de poder. Os estudos de Page (2015) sobre a prática do *fisi* no Malawi trazem interessantes paralelos para a compreensão desse aspecto do debate sobre infanticídio. O *fisi* é uma prática tradicional em que um homem adulto é chamado para ter relações sexuais com uma jovem que menstruou recentemente. Dentro da sociedade malawi, a prática do *fisi* é tida como grande responsável pela ampla prevalência de HIV/Aids no país. A autora, porém, destaca que essa retórica sobre a prática, além de ter pouco embasamento científico, é usada para garantir à classe média malawi a manutenção de seus privilégios, visto que a maior parte deles depende do trabalho das ONGs no local para a sua subsistência. O resultado é a transferência da preocupação sobre o bem-estar feminino para uma suposta questão de saúde pública. No caso do infanticídio, a retórica de que a prática é comum também ajuda a apagar as violências diárias de várias dimensões sofridas pelos povos indígenas, tais como sucateamento dos órgãos indigenistas, genocídio e expulsão de suas terras. Quanto ao seu aspecto na manutenção de posições de poder, a presente pesquisa não tem subsídios para afirmar sua ocorrência, que pode ser usada como hipótese para futuros trabalhos.

A afirmação sobre a necessidade de lei é inconsistente por sugerir que somente por meio da atividade estatal legislativa é possível reduzir o infanticídio. Observa-se a negação de qualquer forma interna de organização com vistas a abolir a prática, organizações estas que inclusive já foram relatadas em audiência pública, conforme fala de Valéria Payê citada em todos os relatórios da Comissão de Direitos Humanos e Minorias:

Há 30 anos, acontecia isso [o infanticídio] com o meu povo. Não mais acontece, por força das nossas mulheres. Resolvemos, internamente. Não houve necessidade de imposições externas para isso ser feito. Não foi preciso uma lei do Congresso Nacional do Brasil para o povo Tiryó, Katxuyana, Aparai e Wayana, até porque dizemos que a cultura não é parada. Em certos momentos, para os povos indígenas, na visão externa, ela tem de ser parada, tem de ser mantida daquele jeito, senão não é mais índio. Por outro lado, quando se quer atropelar o processo, construímos isso assim do jeito que está. Isso realmente me preocupa um pouco na condição de mulher (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS, 2007, p. 10).

Para além das formas não estatais de resolução da questão, também se pode questionar o uso da lei para combater o infanticídio. A lei, como expõe Thion (2007), não é mero

comando de dever-ser, mas guarda em si relações recíprocas com a mentalidade social dominante, uma vez que o imaginário ocidental lhe dá a pretensão de representação neutra dos fatos. A modificação geral e abstrata do Estatuto do Índio para adicionar um artigo que afirma que o poder público deve combater práticas como “homicídio de recém-nascidos” e “estupro individual e coletivo” dentro das coletividades indígenas pode criar a impressão de que essas práticas, consideradas isoladas e pontuais mesmo por aqueles que defendem o Projeto, são generalizadas, estigmatizando grupos já bastante vulneráveis dentro da sociedade.

O ponto sobre o necessário conflito entre a cultura e a vida parte do pressuposto de que há dois caminhos possíveis, ou seja, ou se é a favor do Projeto e contra o infanticídio ou se é contra o Projeto, o que significa ser a favor de sua prática. Essa linha de raciocínio ignora o amplo espectro de ações que pode ser usado pelo poder público para coibir a prática, além de partir para um maniqueísmo criticado pela literatura sobre multiculturalismo. Para usar a classificação de Herrera Flores anteriormente apresentada, o universalismo dessa premissa é de partida e coloca como única solução alternativa o “universalismo de retas paralelas”, apagando de forma autoritária e hegemônica o “universalismo de chegada” que já foi, inclusive, largamente utilizado em países da América Latina para reformular suas ordens jurídicas a partir de conceitos de povos autóctones, como destaca Franco (2017). É importante salientar que as crianças indígenas são, para utilizar o termo citado por Green (1994), “minorias internas”, possuindo todos os direitos de um indígena, inclusive a proteção cultural, fazendo jus a toda a tutela do Estado que sua natureza infantil lhe garante. Por conseguinte, tomar o caminho do ultimato “sua cultura ou seus direitos” é, como afirma Shachar (2004), não só moralmente problemático como também simplista diante da complexidade do mundo social e da subjetividade dessas pessoas.

Por fim, ao analisar o ponto sobre a necessidade de medidas coercitivas e educativas, é necessário ressaltar que o pressuposto foi praticamente abandonado pela Comissão de Direitos Humanos, que retirou medidas coercitivas e deixou somente a Educação em Direitos Humanos. A retomada das medidas coercitivas no Plenário, dessa maneira, representa uma violação clara ao princípio da densidade normativa citado anteriormente, uma vez que não há nenhuma justificativa específica para sua recriação. Novamente, a retórica uniforme dos apoiadores do PL, que coloca aqueles contrários ao Projeto como favoráveis ao infanticídio, gerou um debate raso quanto às possibilidades legais, não permitindo a criação de soluções inovadoras para a questão.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa procurou compreender o problema do infanticídio sob a lógica metodológica documental, tendo por guia teórico três eixos contemporâneos importantes no Direito aplicável aos povos indígenas: a Teoria da Legislação e o fim do uso autoritário da soberania pelo legislador; as críticas de esquerda aos direitos humanos e o reconhecimento dessa classe como, ao mesmo tempo, potencialmente hegemônica e emancipadora; e o progressivo abandono da noção incapacitante do indígena na legislação indigenista brasileira, em especial com a convencionalização dos direitos indígenas.

A análise sob a ótica da Legisprudência apontou dois problemas principais no PL 1.057, quais sejam, a ausência de deliberação sobre formas alternativas à lei, violando o princípio da

alternatividade e a falta de justificção específica para o uso coercitivo de formulações legais, infringindo frontalmente o princípio da densidade normativa. A falta de dados precisos também é relevante para criticar legisprudencialmente o projeto, uma vez que o planejamento e a compreensão do problema são etapas essenciais para justificar de forma legítima a restrição nas liberdades do indivíduo e da sociedade civil por meio da lei.

As críticas à hegemonia dos direitos humanos nos permitem questionar o Projeto e sua tramitação na medida em que se coloca a solução como unívoca, sustentando que ou se acaba com a cultura supostamente infanticida ou se cria permissões estatais ao homicídio de recém-nascidos. É importante destacar que essa retórica apaga qualquer força modificadora que o intercâmbio cultural pode trazer a ambas as sociedades, extinguindo as identidades dissidentes e colocando a cultura majoritária, advinda do liberalismo que coloca um homem abstrato que, na verdade, se revela histórico e etnocêntrico, como superior a outras formas de sociabilidade.

Por fim, a narrativa legal trazida pela Constituição e pelos tratados internacionais que coloca o indígena como detentor de direitos coletivos e individuais que permitem manter sua cultura e cosmogonia é apagada pelo Projeto ao se ignorar completamente o direito à consulta prévia para os povos afetados, eivando de ilegalidade o processo legislativo, e ao criar rótulos estigmatizantes sobre povos bastante diversos entre si, uma vez que a expressão “povos indígenas” refere-se a um grande número de etnias. Para usar a classificação já exposta anteriormente, o Projeto 1.057 cria uma tutela-incapacidade sob a retórica de tutela-proteção, garantindo a perpetuação do poder hegemônico da maioria branca sobre essas minorias nacionais. Ao mesmo tempo, problemas estruturais como a falta de apoio do Executivo aos povos indígenas ou a grave mortalidade infantil por todas as causas entre as crianças indígenas são deixados de lado diante de um Projeto de impacto desconhecido, posto que desconhecida é a dinâmica do conflito a se regular.

Caberá ao Senado, na condição de Casa revisora do projeto, corrigir essas distorções que passaram despercebidas ou foram simplesmente ignoradas pelos deputados que aprovaram o projeto. Ao pautar a discussão sobre infanticídio por uma lógica contra-hegemônica e constitucionalmente adequada, os nobres senadores terão a oportunidade de reverter uma legislação opressora e trazer, ainda que parcialmente, a reparação histórica à qual os povos autóctones têm direito.

6 REFERÊNCIAS

6.1 Documentos Citados

AFONSO, H. *Requerimento 20 de 2007 da Comissão de Direitos Humanos e Minorias*. Brasília, 2007a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343576>. Acesso em: 24 out. 2017.

AFONSO, H. *Projeto de Lei 1.057/2007*. Brasília, 2007b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>. Acesso em: 24 out. 2017.

APIB; RCA; DHESCA BRASIL. *A situação dos direitos humanos dos povos indígenas no Brasil: submissão conjunta para o terceiro ciclo de monitoramento do Brasil no Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU*. 2016. Disponível em: http://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/11/RCA-2016-Relatorio-e-tabela-recomendacoes_-RPU-Coalizao-para-os-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 21 out. 2018.

APINA; APIWATA; AWATAC. *Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi*. Macapá, 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/protocolo-de-consulta-dos-povos-indigenas/docs/2014_protocolo_consulta_consentimento_wajapi.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Discurso de Henrique Afonso na sessão 091.4.52.O às 17h51 do dia 1º/6/2006*. Brasília, 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as causas, as consequências e os responsáveis pela morte de crianças indígenas por subnutrição de 2005 a 2007*. Relator: Deputado Vicentinho Alves. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpindio/relatorio-final-aprovado-1/Relatorio.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Notas taquigráficas da sessão deliberativa extraordinária 238.1.55.O, realizada em 25 de outubro de 2015*. Brasília, 2015a.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, a. LXX, n. 143, 27 ago 2015. 2015b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150827001430000.PDF>. Acesso em: 23 ago. 2021.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS. *Notas taquigráficas da audiência pública nº 1449/07*. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSesao=1449/07>. Acesso em: 24 out. 2017.

DR. TALMIR. *Requerimento 332 de 2009 da Comissão de Segurança Social e Família*. Brasília, 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=nodeOqd45xrp9529b11je8xb smxe4k5792179.node0?codteor=712095&filename=Tramitacao-REQ+332/2009+CSSF. Acesso em: 23 ago. 2021.

KRENAK. *Protocolo de consulta prévia ao povo Krenak*. Resplendor, 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/protocolo-de-consulta-dos-povos-indigenas/docs/Protocolo-ConsultaKRENAK_.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

LUCENA, R. *Requerimento 25 de 2011 da Comissão de Segurança Social e Família*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao;jsessionid=8ACCBDB89D4D6298B0665D16EC-85651CE.proposicoesWeb1?idProposicao=496969&ord=0>. Acesso em: 24 out. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Ação civil pública nº 0009406-74.2015.4.01.4100*. Porto Velho, 2015.

ROGÉRIO, M. *Parecer 01 do Plenário ao PL 1.057/2007*. Brasília, 2015.

SERAFIM, M. *Requerimento de Informação 672 de 2007*. Brasília, 2007a. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=363173>. Acesso em: 14 dez. 2018.

SERAFIM, M. *Requerimento de Informação 673 de 2007*. Brasília, 2007b. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=363174>. Acesso em: 14 dez. 2018.

6.2 Legislação Citada

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.001 de 19 de Dezembro de 1973 (Estatuto do Índio). Brasil, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Regimento interno da Câmara dos Deputados*: aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado até a Resolução nº 20, de 2016. 18. ed. Brasília: Câmara dos Deputados; Edições Câmara, 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho*. Brasília: OIT, 2011. 1 v.

SENADO FEDERAL. *Resolução nº 93 de 1970 (Regimento Interno do Senado Federal)*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 14 dez. 2018.

6.3 Referências

- AZEVEDO, L. Comentários ao art. 50. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, G.; SARLET, I.; STRECK, L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 2202-2207. [Edição digital].
- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARRETO, H. As disputas sobre direitos indígenas. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, n. 22, p. 63-69, jul./set. 2003.
- BARRETO, H. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2014.
- BECKER, S.; SOUZA, O.; OLIVEIRA, J. A prevalência da lógica integracionista: negações à perícia antropológica em processos criminais do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Etnográfica*, n. 171, p. 97-120, fev. 2013.
- BIM, E. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 204, v. 51, p. 203-227, out. 2014.
- DOUZINAS, C. *O fim dos direitos humanos*. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DOUZINAS, C. The Paradoxes of Human Rights. *Constellations*, v. 20, n. 1, p. 51-67, mar. 2013.
- FRANCO, F. Transformações na concepção universal e individual de Direitos Humanos por meio das perspectivas normativas dos povos indígenas e tribais. *Direito e Desenvolvimento*, v. 8, n. 1, p. 11-26, 26 set. 2017.
- GREEN, L. Internal minorities and their rights. In: BAKER, J. (ed.). *Group Rights*. Toronto: University Of Toronto Press, 1994. p. 101-117.
- GUTMANN, A. The challenge of multiculturalism in political ethics. *Philosophy and Public Affairs*. Princeton, NJ, v. 22, n. 3, July 1993, p. 171-206.
- HEEMANN, T. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: do integracionismo ao interculturalismo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, v. 1, n. 109, p.1-14, jul./dez. 2017.
- HERRERA FLORES, J. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002.
- HERRERA FLORES, J. Colonialismo y violencia. Bases para una reflexión pos-colonial desde los derechos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 75, p. 21-40, out. 2006.
- HERRERA FLORES, J. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- MENDES, G.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MOREIRA NETO, D. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MOYN, S. *The Last Utopia: Human Rights in History*. [S.l.]: The Belknap Press Of Harvard University Press, 2010. 337 p.
- OLIVEIRA, A. Violência sexual, infância e povos indígenas: ressignificação intercultural das políticas de proteção no contexto das indígenas crianças. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Manizales*, v. 14, n. 2, p. 1.177-1.190, 2016.
- PAGE, S. “Narratives of blame” surrounding HIV and Aids eradication policies and sexual cultural practices in Malawi. In: LONGMAN, C.; BRADLEY, T. *Interrogating Harmful Cultural Practices*. Burlington: Ashgate, 2015. p. 67-80.
- PERUZZO, P. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 4, p. 2.708-2.740, dez. 2017.
- REBELO, R.; RAIÓ, R. Além da doutrina da proteção integral: rumo às perspectivas indígenas de infância. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 39-57, jan. 2017.
- RODRIGUES, G. Direitos Humanos e multiculturalismo: o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 15, n. 106, p.489-515, 27 set. 2013.
- ROJAS GARZÓN, B.; YAMADA, É.; OLIVEIRA, R. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.
- ROSA, M. Nós e os outros: concepções de pessoa no debate sobre infanticídio indígena no Congresso Nacional. *Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 163-193, jan./jun. 2014.
- SANTOS, B. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.
- SANTOS, B. Human Rights: A Fragile Hegemony. In: CRÉPEAU, F.; SHEPPARD, C. (ed.). *Human Rights and Diverse Societies: Challenges and Possibilities*. Newcastle Upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2013. p. 17-26.

SANTOS-GRANERO, F. Hakani e a campanha contra o infanticídio indígena: percepções contrastantes de humanidade e pessoa na Amazônia brasileira. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 131-159, abr. 2011.

SHACHAR, A. *Multicultural Jurisdictions: Cultural differences and women’s rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SOUZA FILHO, C. O direito envergonhado. *Revista Iidh*, v. 15, p.145-164, 1992.

SOUZA FILHO, C. Comentários aos arts. 231 e 232. In: CANOTILHO, J.; MENDES, G.; SARLET, I.; STRECK, L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 4661-4679. [Edição digital].

THION, P. Questioning alternatives to legal regulation. In: WINTGENS, L. *Legislation in context: essays in jurisprudence*. Ashgate Publishing Limited: Hampshire, 2007. p. 95-116.

TOSI, G.; SCORPION, W. As críticas de direita e esquerda aos Direitos Humanos. *Problemata*, v. 8, n. 1, p. 122-162, 11 abr. 2017.

WINTGENS, L. Legisprudence as a New Theory of Legislation. *Ratio Juris*, v. 19, n. 1, p. 1-25, mar. 2006.

WINTGENS, L. Legitimacy and legitimation from the Legisprudential perspective. In: WINTGENS, L. *Legislation in context: essays in jurisprudence*. Ashgate Publishing Limited: Hampshire, 2007. p. 3-42.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.9767>

EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS EM CASOS SENSÍVEIS: A Resposta do STF aos Casos Gomes Lund e Belo Monte

Catarina Melo Cavalcante

Autora correspondente. Justiça Federal da Bahia, Subseção Judiciária de Paulo Afonso. Rua do Gangorra, 148 – Alves de Souza. Paulo Afonso/BA, Brasil. CEP 48608-240. <http://lattes.cnpq.br/9063242680130673>. <https://orcid.org/0000-0001-6004-9250>. catarinamelocavalcante@gmail.com

Mikelli Marzzini Lucas Alves Ribeiro

Departamento de Ciência Política – Universidade Federal de Pernambuco. Recife/PE, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0002-6025-6310>.

RESUMO

Este trabalho objetiva expor de que forma o Supremo Tribunal Federal (STF) procura justificar o não cumprimento das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nos casos sensíveis, utilizando o método de análise qualitativa de conteúdo para verificar indutivamente argumentos empregados pelos ministros do STF que moldam o comportamento do Estado e incorporá-los às categorias respectivas. Os resultados mostram que o Judiciário brasileiro dá maior importância às questões referentes a assuntos político-institucionais de exercício do poder e da governabilidade, pois no caso Belo Monte os argumentos das decisões priorizaram o desenvolvimento energético do país em prejuízo aos danos causados às populações atingidas e, no caso Gomes Lund, a declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia impedindo os agentes dos crimes praticados à época da ditadura de serem processados ou condenados criminalmente.

Palavras-chave: sistema interamericano de direitos humanos; casos Belo Monte e Julia Gomes Lund; jurisprudência do STF.

EFFECTIVENESS OF THE DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS IN SENSITIVE CASES: THE STF'S RESPONSE TO CASES GOMES LUND AND BELO MONTE

ABSTRACT

This work objective to explain how the STF seeks to justify non-compliance with the Inter-American Human Rights System decisions in sensitive cases, and to that end, the qualitative content analysis method is applied to inductively verify arguments used by the STF ministers that shape the behavior of the State and incorporate them into the respective categories. The results demonstrate that the Brazilian judiciary attaches greater importance to the issue of political-institutional power and governance, considering that in the Belo Monte case the arguments of decisions prioritize the country's energy development to the detriment of the affected populations and, in relation to the case Gomes Lund the declaration of constitutionality of the Amnesty Law that exempts the agents of the crimes committed during the dictatorship from criminal liability.

Keywords: inter-american human rights system; Belo Monte and Julia Gomes Lund cases; jurisprudence of the STF.

Recebido em: 7/11/2019

Aceito em: 19/5/2021

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar de que maneira o Supremo Tribunal Federal vem respondendo a pressões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos quando se trata de matérias que despertam maior interesse político do Estado. Isso ocorre tendo em vista que a conformidade com as decisões dos tribunais internacionais está sujeita à manobra política nacional e ao equilíbrio doméstico do poder (HILLEBRECHT, 2012, p. 959-985). O trabalho procura investigar o seguinte problema: De que forma o STF procura justificar o não cumprimento das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH – Corte e Comissão) nos casos sensíveis?

Os dois casos abordados neste trabalho foram Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil (Caso Belo Monte) e o caso Julia Gomes Lund e Outros vs. Brasil (caso Guerrilha do Araguaia). Eles foram escolhidos por terem sido situações com violações promovidas e apoiadas publicamente pelo Estado brasileiro.

Desse modo, os posicionamentos dos juízes do STF nos dois casos são as fontes primárias que serão investigadas por meio de técnicas da análise qualitativa de conteúdo. Especificamente, o estudo está centrado no agrupamento dos posicionamentos dos juízes em categorias indutivamente estabelecidas.

O trabalho está dividido da seguinte forma: 1) primeiramente será apresentada a estruturação e funcionamento do SIDH e os mecanismos de efetivação das recomendações e condenações desse sistema pelas instituições domésticas, procurando oferecer uma visão geral sobre os procedimentos do sistema; 2) em seguida, será realizada a descrição dos casos Belo Monte e Julia Gomes Lund como objetos de análise em razão da disposição do próprio Estado em remediar a violação de direitos e, por último, 3) são analisados os fundamentos das decisões tomadas, em relação aos casos supracitados, visando a rastrear possíveis padrões nas decisões dos juízes.

Como resultado, é possível identificar, de maneira sintética, as questões centrais que fundamentam as decisões dos ministros do STF. Elementos que revelam, de modo detalhado, como os juízes deram suporte argumentativo com o intuito de legitimar as políticas estatais e contrapor as decisões do SIDH.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A POLÍTICA DOMÉSTICA DE INSTITUIÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA CORTE IDH

Os direitos humanos, principalmente no contexto histórico pós-Segunda Guerra, foram institucionalizados internacionalmente a partir de um sistema normativa de caráter universal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948 trouxe as bases desse sistema, que foi robustecido posteriormente por diversos tratados internacionais, como os pactos de 1966 sobre direitos civis e políticos e o sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Esse processo de institucionalização, todavia, não foi restrito ao chamado âmbito universal ou global. Concomitantemente a esse processo, estruturas normativas regionais foram igualmente criadas, como os sistemas europeu, africano e interamericano. Este artigo está particularmente voltado ao último deles.

O sistema interamericano está centrado em quatro instrumentos legais, a saber: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Carta da Organização dos

Estados Americanos (OEA), de 1948, com suas emendas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, também chamada Protocolo de São Salvador, de 1988. O referido sistema está subdividido em dois subsistemas: o da OEA, que tem por base a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e o da Convenção Americana, que tem por base a própria Convenção.

A especialização institucional-burocrática do sistema iniciou-se em 1960, com a criação, pela OEA, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cujo escopo é promover os direitos humanos proclamados na Declaração Americana de Direitos do Homem. Esse processo foi aperfeiçoado com a criação da Corte Interamericana pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), aprovada em 1969 e que entrou em vigor em 1978.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pertence aos dois sistemas. Isto é, permaneceu como órgão da OEA, como também funciona como órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos. É no capítulo VI, parte II, artigo 33 da CADH intitulada “meios de proteção” que é descrita a competência desse órgão para “proteger” os direitos humanos na América: “São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: (a) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos”.

A CIDH, além de fiscalizar e promover os direitos humanos proclamados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também é encarregada de fiscalizar a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão possui algumas funções relevantes dispostas no artigo 41 da CADH. Destaca-se a possibilidade de promover medidas cautelares, isto é, obrigações legalmente vinculantes a partir da gravidade e urgência da situação, bem como a iminência do dano ao decidir sobre o caso em questão, conforme artigo 25 do Estatuto da Comissão.

Dentro do sistema da Convenção, porém, a mais importante consiste em examinar as petições de processamento internacional do Estado por violações de direitos humanos constantes na Convenção Americana quando apresentadas por indivíduos, seus grupos ou por entidades não governamentais legalmente reconhecidas pelos Estados-membros da OEA, nos termos dos artigos 41, f e 44 da CADH.

Já a Corte Interamericana não é um órgão da OEA. Trata-se de “tribunal internacional supranacional capaz de condenar os Estados-partes da Convenção Americana por violação de direitos humanos. A Corte não pertence à OEA, mas à Convenção Americana, tendo a natureza de órgão judiciário internacional” (MAZZUOLI, 2011).

Na Corte há a competência contenciosa, ou seja, quando a Comissão apresenta o caso à Corte e surge o conflito entre a Comissão Interamericana e um Estado ou entre Estados. O artigo 61, I, aduz que “somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte”, ou seja, indivíduos não podem demandar diretamente.

Os Estados precisam aceitar expressamente a competência contenciosa da Corte, por meio de declaração específica, conforme artigo 62 da CADH, que pode ser feita quando do depósito do instrumento de ratificação da Convenção, da adesão ou outro momento poste-

rior. Ademais, o artigo 64 elucida que os Estados-membros poderão consultar a Corte sobre interpretação da Convenção e de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

Depois do procedimento a Corte deve enunciar uma sentença definitiva e inapelável (artigo 68, 2). Nesta será apreciada a responsabilidade internacional do Estado-réu, considerando que a responsabilidade internacional também opera no que diz respeito às violações de direitos humanos, nas relações do Estado com as pessoas sujeitas à sua jurisdição (OEA).

É necessário esclarecer, todavia, que esses documentos têm maior abordagem política do que força vinculante propriamente dita. No que confere à Comissão, a sua apreciação é política quando da formulação e solicitação de recomendações aos Estados-membros, não dispondo de obrigatoriedade internacional (REZEK, 2011). O cumprimento por parte dos Estados é recomendável, pois tem grande importância política e moral.

Como os sistemas de justiça internacionais são subsidiários, isto é, se por um lado corrigem falhas específicas dos sistemas de justiça nacionais quando já esgotados os recursos disponíveis em âmbito nacional ou quando o próprio Estado-parte mostra desinteresse em julgar o caso, por outro lado dependem destes sistemas para fazer cumprir os compromissos de direitos humanos em geral. O que torna a responsabilidade internacional ainda precária pela descentralização de poder e mecanismos ineficazes de coação estatal (MAZZUOLI, 2011).

A chave para o cumprimento das decisões da Corte, portanto, vem da política doméstica por ser ela condicionada à cooperação entre vários atores estatais, com vontades políticas distintas e diferentes configurações institucionais (HILLEBRECHT, 2012, p. 959-985), mostrando-se imprescindível a análise de como o cumprimento das sentenças da Corte IDH se desenrola em âmbito interno no Estado brasileiro.

Destaca-se que, sempre quem responderá perante órgão internacionais é o governo central por ser o único detentor de personalidade jurídica internacional e representante do Estado como um todo, não interferindo na responsabilização internacional a divisão interna e autônoma de competências (HILLEBRECHT, 2012, p. 959-985), bem como deve tomar medidas em conformidade com o ordenamento jurídico interno para o cumprimento da Convenção a partir das disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da Federação, em obediência ao artigo 28 da CADH.

No Brasil, contudo, não existem procedimentos formais de instituição das decisões e recomendações da Corte e da CIDH. Diante disso, Vieira (2013, p. 136) afirmam que os órgãos federais brasileiros precisam da participação direta dos órgãos locais envolvidos, como membros do Legislativo, promotores, juízes ou membros dos governos estaduais na efetivação das medidas específicas a cada uma das violações, daí a dependência da vontade política de atores institucionais distintos e a conseqüente necessidade de realização de esforços de cooperação. A preferência e a influência relativa do Judiciário, do Legislativo e do Executivo determinam a vontade política dos Estados para o cumprimento das providências corretivas (HUNEEUS, 2011).

Entre todas as instituições, o Executivo é o que possui postura mais ativa nas relações estrangeiras. É o principal responsável por conduzir a política externa do Estado, pois está preocupado com a reputação interna e internacional do Estado cujo interesse está em mostrar para

os eleitores e para o mundo que o governo respeita os direitos humanos. Já quanto ao Legislativo, seu procedimento possui debates democráticos que criam uma estrutura lenta e pouco propensa à aplicação de ordens judiciais. As ONGs especializadas em direitos humanos são incorporadas ao conjunto de atores responsáveis pela criação e aplicação das normas em matéria de direitos humanos, tendo em vista que pressionam, promovem debates e auxiliam litigantes e tribunais domésticos no intuito de incorporar a jurisdição interamericana (BERNARDI, 2015).

O Judiciário, por outro lado, não tem em pauta assuntos estrangeiros nem possui envolvimento direto com a Corte. Ademais, como no Sistema Interamericano apenas se analisam os casos, em regra, depois que as vítimas esgotam os recursos da jurisdição interna (artigo 31,1 da CIDH) ou se a demora no julgamento pelos tribunais nacionais é injustificada (artigo 31, 2, c da CIDH), representando uma falha no Judiciário nacional, os juízes costumam sentir-se ofendidos após a Corte, em sentença, ordenar as devidas correções (HUNEEUS, 2011).

A dificuldade no cumprimento das decisões aumenta quando a Corte exige, por exemplo, a reabertura de um caso criminal para que o Estado investigue, processe e puna os responsáveis por crimes cometidos na época do regime autoritário ou quando a violação objeto de determinação feita no âmbito do SIDH (como no caso das recomendações e medidas cautelares da CIDH) consiste em uma política defendida publicamente pelo Estado (VIEIRA, 2013).

Tais questões supramencionadas tratam, respectivamente, dos casos Julia Gomes Lund e Belo Monte. Em ambos o Brasil descumpriu as medidas de instituição das sentenças proferidas pelos órgãos do Sistema Interamericano ao estabelecer um conflito aparente entre estas e as decisões do STF, o que interfere diretamente na aplicação do CADH e impossibilita um tratamento universal dos direitos humanos.

3 CONFLITO ENTRE SISTEMAS:

Quando o Estado Brasileiro Promove o Ato que Gera a Violação

É papel do Estado a busca pela tutela de proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, especialmente pelo estabelecimento de medidas estatais voltadas a cumprir recomendações ou condenações específicas determinadas por órgãos supranacionais. Os Estados, no entanto, costumam fazer, muitas vezes, interpretações próprias acerca de normas contidas nos tratados internacionais dos quais são partes e negam tal descumprimento com fundamento nestas interpretações (FARIA, 2014), refletindo-se, igualmente, nas decisões de órgãos dos sistemas regional e universal de proteção dos direitos humanos.

As interpretações pró-governo acerca de decisões de órgãos internacionais são feitas por meio dos Tribunais Constitucionais e das Supremas Cortes. Em relação ao Brasil, isso pode ser mais bem explorado a partir dos dois casos tratados neste artigo: julgamento da ADPF n. 153 (com relação direta para o caso Gomes Lund e outros) e do pedido de suspensão da construção da hidrelétrica em Belo Monte, como se verá a seguir.

3.1 Caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil (Caso Belo Monte)

O caso “Comunidades Indígenas da Bacia do rio Xingu” tratou da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, localizada em trecho do Rio Xingu, na região amazônica, no Estado do Pará. A obra foi entendida como danosa para as populações locais, afetando diretamente a qualidade

de vida de dezenas de povos da região da Volta Grande do Xingu por haver, como ponderam as entidades peticionárias no SIDH, violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à informação e à participação política dos povos indígenas envolvidos (POZZATTI JUNIOR; RIBEIRO, 2014).

O projeto de construção da Usina existe desde 1980 e tem gerado diversas críticas diante da divergência de interesses públicos constitucionalmente protegidos. De um lado, tem-se a proteção do meio ambiente e das comunidades indígenas defendida pelos agricultores familiares, ribeirinhos, pescadores, indígenas, moradores da periferia urbana de Altamira, pesquisadores, professores universitários, movimentos de defesa dos direitos humanos, como o Movimento Xingu Vivo para Sempre e o MPF. De outro lado, estava em pauta a crescente necessidade de produção de energia elétrica e desenvolvimento econômico do país, salvaguardado pelas instituições do governo federal envolvidas na construção do empreendimento (FLEURY; ALMEIDA, 2013).

Em 2005 o Congresso Nacional autorizou o poder Executivo a construir a Usina Hidrelétrica de Belo Monte por meio do Decreto Legislativo nº 788/05, entretanto não foi realizado nenhum estudo de viabilidade técnica, econômica, ambiental e antropológica, nem designada audiência pública para ouvir as comunidades indígenas prejudicadas pela obra, exigência prevista no artigo 231, §3º da Constituição Federal (POZZATTI JUNIOR; RIBEIRO, 2014, p. 111).

Diante das irregularidades o MPF, sem êxito, tentou diversas vezes suspender a obra por meio de ações cautelares, mas não foi o suficiente para evitar que o processo de licenciamento prosseguisse (PONTES, 2011). Em 2005 foi impetrada a ADI n. 3.573-DF com pedido de medida cautelar para anulação do mencionado DL n. 788/05, do qual o STF não conheceu por entender o não cabimento da ação direta contra lei-medida. Em 2006 o MPF propôs uma nova ação civil pública, cujo objetivo era “obstar o processo de licenciamento no Ibama” e anular o DL e em 2007 a ministra Ellen Gracie liberou o licenciamento e declarou a validade do DL por meio de suspensão da liminar n. 125. Estava fundamentado na ideia de não comprometer o planejamento econômico do Estado brasileiro que se beneficiaria com a construção da maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC-2) do governo federal, concedendo decisão judicial favorável ao poder Executivo.

Por essa razão, após o esgotamento e a ineficácia das medidas solicitadas ao Brasil, foi encaminhada denúncia à CIDH no ano de 2011. Os peticionários¹ solicitaram à CIDH que recomendasse ao Estado brasileiro a imediata suspensão do processo de licenciamento, a paralisação das atividades relacionadas à obra por parte do Brasil ou por terceiros e o respeito aos direitos humanos dos índios que vivem na região (AIDA, 2010).

Por sua vez, a Comissão Interamericana concedeu a medida cautelar 382/10 em benefício dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu ao solicitar ao Estado brasileiro a suspensão imediata do processo de licenciamento do projeto da Usina – revogada posteriormente – e que fosse realizada uma consulta prévia juntamente com a adoção de medidas de garantia à proteção à vida e integridade indígena.

¹ A denúncia encaminhada à Comissão IDH tinha como peticionários sete organizações da sociedade civil: o Movimento Xingu Vivo Para Sempre (MXVPS), Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), Prelazia do Xingu, Conselho Indigenista Missionário (Cimi), Sociedade Paraense de Direitos Humanos (SDDH), Justiça Global, *Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente* (Aida).

O Estado brasileiro recebeu a medida cautelar em 5 de abril de 2011 – através do Ministério das Relações Exteriores – de forma hostil e invocando a ilegitimidade do Sistema Interamericano diante do seu caráter subsidiário, tendo em vista não ter havido, segundo o governo brasileiro, falhas na jurisdição interna.

Por fim, em 2012, contra decisão da 5ª Turma do TRF da 1ª Região favorável à ausência de vícios no processo legislativo do DL n. 788/05, o ministro Carlos Ayres Britto recebeu a Reclamação n. 14.404, apresentada pela AGU, em nome da União e do Ibama e se limitou ao objeto em debate na SL 125, não chegando a adentrar no mérito ao fundamentar sua decisão, concedendo, portanto, a liminar que autorizou a retomada das obras (BRASIL, 2010).

3.2 Caso Julia Gomes Lund e Outros vs. Brasil (Caso Guerrilha do Araguaia)

No caso Julia Gomes Lund o Brasil foi responsabilizado por prisões ilegais e arbitrárias, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente 70 integrantes do movimento Guerrilha do Araguaia, ocorrido entre 1972 e 1975, que tinha como objetivo combater o regime ditatorial brasileiro (VIEIRA, 2013). Diante de tais acontecimentos, a denúncia contra o Brasil foi oferecida à Comissão em 7 de agosto de 1995 e submetida à Corte em 26 de março de 2009.

Em 24 de novembro de 2010 a Corte IDH determinou ao Estado brasileiro que conduzisse as investigações para elucidar o ocorrido, encontrar e punir os criminosos. A sentença determinou, também, que o Brasil permanecesse com as buscas, sistematização e publicação de informações sobre a Guerrilha do Araguaia e das violações de direitos humanos ocorridas à época do regime militar. Adicionalmente, determinou a criação de uma Comissão da Verdade autônoma e independente e condenou o Brasil pela criação da Lei de Anistia, na qual concede perdão irrestrito aos que praticaram crimes contra a humanidade no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 (VIEIRA, 2013). Os recursos judiciais com vistas a cumprir a decisão, porém, não foram efetivados.

No âmbito interno, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questionou a constitucionalidade da Lei de Anistia perante o STF, via ADPF n. 153/2008, tendo em vista a impunidade gerada ao impedir o governo de investigar os responsáveis pelas violações de direitos.

Importante observar que, antecipando-se em alguns meses à sentença condenatória da CIDH de novembro de 2010 e prevendo uma suposta condenação, o STF desconsiderou por completo as obrigações internacionais de direitos humanos ao declarar constitucional a Lei de Anistia, por sete votos a dois, da forma como foi editada em 1979, declarando a ADPF improcedente ao decidir que o perdão foi parte de um acordo e valeu também para os agentes estatais responsáveis, a fim de deixar brechas para a absolvição dos agentes do Estado envolvidos nos crimes (BERNARDI, 2015), além de outros argumentos que serão analisados no tópico seguinte.

4 ANÁLISE DOS POSICIONAMENTOS DOS JUÍZES DO STF

O recente protagonismo judicial na política e a configuração institucional do Judiciário pós-Constituição de 1988 exerceu um crescente cuidado na análise do comportamento dos juízes e suas decisões jurídicas, tendo em vista que, muitas vezes, atuam de forma significativa em nossas vidas e, por essa razão, a importância de compreendermos como e porque os juízes chegam às suas decisões, tomadas no decurso do exercício de suas funções judiciais (HEISE, 2002).

No âmbito das Américas, conforme estabelece Bernardes (2011), a adoção de um modelo de Justiça altamente judicializado é característica do Sistema Interamericano de DH que impulsiona a cascata de Justiça no plano interno dos Estados, na medida em que incorpora os tribunais domésticos como atores responsáveis pela criação e aplicação das normas de direitos humanos. Em vista disso, é inegável o papel dos atores judiciais para o cumprimento efetivo das decisões proferidas pela Corte IDH nos casos de violações de direitos humanos pelos Estados-partes.

Um exame empírico do dossiê do tribunal, contudo, revela que os juízes da América Latina raramente cumprem as decisões contenciosas impostas pela Corte Interamericana, principalmente quando exige que seja tomado algum tipo de ação judicial, como uma investigação no âmbito criminal, por exemplo, efetivando por completo apenas uma a cada dez decisões proferidas pela Corte IDH (HUNEEUS, 2011).

Embora seja indiscutível a importância da Suprema Corte na política brasileira, nosso conhecimento sobre seu processo decisório ainda é significativamente limitado em vários aspectos. Para a presente pesquisa, no entanto, relevante atermo-nos à seguinte indagação: Quais os motivos capazes de explicar o comportamento dos juízes que integram o tribunal nos assuntos politicamente sensíveis?

Para enfrentar esse tipo de questão é necessário adentrar no debate teórico sobre comportamento judicial e fazer uma interpretação das motivações das ações dos juízes para gerar um modelo teórico capaz de explicar os padrões de comportamento nos posicionamentos dos juízes ao decidir desta ou daquela forma as situações políticas submetidas por meio da judicialização.

Tendo em vista ser o contexto da tomada de decisão dos juízes formado a partir de “conjuntos de oportunidade” com a interação entre variáveis externas (coerção econômica, legal, física, etc.) e os fatores internos dos julgadores, como suas preferências e crenças, explicar o comportamento judicial para a construção de teorias permite-nos fazer interpretações sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal (TRINDADE, 1998). Logo, o estudo objetiva fazer inferências textuais, com base em conclusões de análise qualitativa para identificar de que forma o STF vem respondendo a pressões do SIDH quando se trata de assuntos politicamente sensíveis e, assim, possibilitar uma aplicação sistemática da teoria.

Para apresentar e discutir o material empírico, os argumentos utilizados pelos ministros do STF foram agrupados em categorias e por juízes por meio do método qualitativo de análise de conteúdo a partir da categorização indutiva com as correspondentes segmentações dos textos após identificar padrões para sistematizar a pesquisa, como se verá na sequência.

4.1 Caso Belo Monte

Será analisada, a partir da próxima subseção, a jurisprudência da Suprema Corte, a fim de expor o comportamento decisório praticado pelos seus magistrados e identificar quais argumentos revelam um comportamento que objetiva adequar a norma a visões favoráveis ao Executivo.

Entre as decisões judiciais proferidas relacionadas ao caso Belo Monte, serão analisados os argumentos utilizados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.573-DF, a Suspensão

Liminar n. 125 e a Reclamação 14.404-DF. Já se tratando do caso Julia Gomes Lund, a análise parte da ADPF n. 153. Todos são fontes primárias para explorar de que maneira o Supremo Tribunal Federal vem respondendo a pressões da Comissão e da Corte.

4.1.1 Argumento processualista

Nesta subseção serão abordados os argumentos processualistas, ou seja, quando os ministros discutem se o meio processualmente utilizado é o correto ou não na impugnação de determinada ação.

Cuida-se, neste momento, de análise dos argumentos expostos pelos ministros do STF na ADI nº 3.573-DF com pedido de medida cautelar em que se postula a suspensão da eficácia do Decreto Legislativo nº 788/05, de 2005, do Congresso Nacional, que exigia prévia consulta às comunidades indígenas impactadas pela obra, além de lei complementar disciplinando a matéria.

Por sete votos a quatro² o STF não conheceu a ação ao entender que “[N]ão cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração” (BRASIL, 2005), isto é, a ação direta como via de impugnação não era a processualmente correta, tendo em vista não ser cabível contra lei-medida, que é lei em sentido formal e não dotada de abstração e de generalidade necessárias ao controle de constitucionalidade concentrado, mesmo que seja inconstitucional (BRASIL, 2005), servindo apenas como uma autorização para o governo iniciar os estudos considerados indispensáveis à construção do empreendimento referente à Usina Hidroelétrica (UHE).

O ministro Eros Grau acrescenta que, como tal lei não constitui preceito primário, que se impõe por força própria, é análogo ao que preceitua o artigo 37, incisos XIX e XX da Constituição Federal e reforça o ministro Sepúlveda Pertence que o decreto legislativo é ato concreto e, inclusive, que pode ser impugnável por ação civil pública.

Já ao analisar o pedido de suspensão da execução do acórdão proferido pela 5ª Turma do TRF da 1ª Região, nos autos do AI 2006.01.00.017736-8/PA, impugnado pela União, a ministra relatora Ellen Gracie entendeu pelo legítimo exercício da competência do Congresso Nacional ao aprovar o DL 788/05, este com eficácia já comprovada pelo STF quando da declaração do não conhecimento da ADI 3.573/DF em 1º de dezembro de 2005 (BRASIL, 2007a), defendendo que o referido decreto possui caráter meramente programático, pois somente autorizava o Executivo a implantar a UHE Belo Monte e afirma “[P]or isso que considero, neste momento, prematura e ofensiva à ordem administrativa decisão judicial que impede ao poder Executivo a elaboração de consulta às comunidades indígenas” (BRASIL, 2007a, p. 6).

A *posteriori*, contra decisão do TRF1 que julgou embargos de declaração determinando a proibição do Ibama de praticar todo e qualquer ato de licenciamento da Usina de Belo Monte, o ministro Carlos Ayres Britto, na Medida Cautelar, sustentou que tal decisão desrespeita a SL n. 125, violando jurisprudência já consolidada do STF quando do seu julgamento pela ministra Ellen Gracie, que em 2007 já havia autorizado a prática de atos necessários à

² Os julgadores eram os ministros Nelson Jobim (presidente), Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, e Gilmar Mendes contra Carlos Britto (ministro relator), Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Marco Aurélio.

viabilização do empreendimento e tal decisão vigora até o trânsito em julgado “da decisão de mérito na ação principal”, não chegando a adentrar no mérito ao fundamentar sua decisão em suposta nulidade do DL n. 788/2005, e concedendo a liminar para suspender os efeitos do acórdão (BRASIL, 2012).

4.1.2 Argumento econômico

Categoriza-se como argumento econômico todo e qualquer posicionamento dos ministros do STF que estejam relacionados ao discurso de priorização do desenvolvimento nacional a partir do planejamento e da execução das políticas energéticas para suprir o aumento do consumo de energia elétrica.

Da atenta leitura da decisão de liminar, constata-se que a ministra Ellen Gracie mencionou a existência do conflito entre a proteção ao meio ambiente e a inviabilização do empreendimento, o que atrapalha a política energética nacional e o desenvolvimento do país a ser solucionado pelo poder judiciário (ARRUDA, 2017).

Isso fica evidente quando a ministra relatora Ellen Gracie defende, *ipsis litteris*, “a não viabilização do empreendimento, presentemente, compromete o planejamento da política energética do país em decorrência da demanda crescente de energia elétrica” (BRASIL, 2007b).

Ademais, com fundamentos considerando a ofensa à ordem e à economia pública, a proibição de realização de consulta às comunidades indígenas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), determinada pelo acórdão impugnado, “repercute na formulação e implementação da política energética nacional” (BRASIL, 2007a, p. 7), bem como, conforme a ministra, as consequências “no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico do país”, invadindo a esfera de discricionariedade administrativa.

Nesse contexto, é possível concluir que as decisões do STF até aqui analisadas revelam a importância dada ao projeto Belo Monte no conjunto de interesses do Estado brasileiro, em razão de “Belo Monte ser parte essencial da política energética nacional e estaria inserida no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico; a sua inviabilização, portanto, comprometeria dito planejamento” (VIEIRA, 2013, p. 42), conforme ministra relatora Ellen Gracie, presidente da Suprema Corte, à época, evidenciando a priorização do desenvolvimento estratégico do setor energético do país, em detrimento à vida e à integridade pessoal dos índios da bacia do Rio Xingu (VIEIRA, 2013).

4.2 Caso Julia Gomes Lund e a Análise da ADPF 153/08

No caso Julia Gomes Lund, o Brasil foi responsabilizado pela recepção da Lei 6.683/79 – ou Lei da Anistia – que concede perdão irrestrito a todos os agentes da repressão que cometeram crimes políticos ou conexos contra opositores do regime militar, impedindo sua investigação e condenação.

A ADPF interposta pela OAB objetivava a declaração, à luz dos preceitos fundamentais, de que a anistia concedida aos que praticaram crimes políticos ou conexos não se estendessem aos crimes comuns praticados contra opositores políticos, presos ou não. Logo, pleiteou-

-se o não recebimento, pela Constituição Federal de 1988, do disposto no §1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 (BRASIL, 2010).

Até hoje o governo brasileiro defende a validade jurídica dessa norma, tendo a Lei de Anistia, em abril de 2010, sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 2,³ via ADPF n. 153/2008, que obstaculiza o julgamento dos “torturadores”. Na época do julgamento, já prevendo uma suposta condenação pela CIDH, o STF objetivava valer-se de sua posição como órgão jurisdicional máximo do país para encerrar a discussão do tema (BERNARDI, 2015).

4.2.1 Argumento histórico

Argumento histórico é quando os ministros do STF levam em consideração as circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma, levando ao conhecimento das razões que conduziram o legislador a acolher ou a rejeitar as propostas normativas que lhe foram submetidas.

Da análise do voto do ministro Eros Grau, leva-se em consideração que a luta pela anistia resultou em uma conquista heroica; a “autêntica batalha” nascia de um acordo político cujo escopo nada mais era do que a redemocratização do país, em um momento de conciliada transição. Segundo o ministro, ao negar a existência do pacto político, *ipsis litteris*, “resultam fustigados os que se manifestaram em nome dos subversivos” (BRASIL, 2010, p. 34), a significar o rompimento com a boa-fé e anseios da sociedade da época, que pugnaram em conjunto pela anistia em decorrência de “ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos nem mesmo viver)” (BRASIL, 2010, p. 37).

O ministro Cezar Peluso defendeu ser o caminho da concórdia a melhor escolha, pois o contrário, isto é, uma sociedade que luta com as mesmas armas do inimigo, resultaria em um fracasso histórico, compartilhando a mesma cognição da ministra Carmem Lucia, ao afirmar que o acordo foi peça-chave para a transição institucional, permitindo à sociedade passar do momento de sofrimento para a pacificação nacional, uma etapa “que é fruto de um movimento no sentido de permitir que a paz se refaça” (BRASIL, 2010, p. 95) e que “o direito realiza o que precisa ser realizado num determinado momento histórico, buscando-se – em termos de legitimidade política – o que seja necessário para se chegar ao justo, em termos de paz social” (BRASIL, 2010, p. 92).

Gilmar Mendes também defendeu a fundação de uma nova ordem como a solução política para a transição constitucional e Celso de Mello afirmou que, por mais que condenasse as arbitrariedades cometidas no regime militar, lembrou que a Lei nasceu de um consenso da sociedade para tornar possível o momento histórico de transição do regime para a democracia. Já Lewandowski argumentou não ter sido a lei editada pela crescente insatisfação popular ao regime, por meio de um “acordo tácito” (BRASIL, 2010, p. 169).

Nesse contexto, a reconstrução da história a partir da migração da ditadura para a democracia política só foi possível graças à anistia e à celebração do mencionado acordo, por

³ Os julgadores eram os ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso e Gilmar Mendes contra Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Ausentes o ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF 153/DF.

promover meios para se chegar à democracia, sendo este considerado pelo ministro relator como “o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização” (BRASIL, 2010, p. 21). Ou seja, em decorrência da celebração do pacto, os ministros que defendem a anistia pelo viés histórico tratam com indiferença a consequente impossibilidade de apuração das responsabilidades criminais dos fatos ocorridos no período da ditadura militar.

4.2.2 Argumento linguístico

Os argumentos linguísticos são aqueles que fazem menção ao “sentido claro” de palavras ou conceitos usados na linguagem. Tais argumentos pressupõem um recurso ao contexto linguístico como fonte de razões para optar por uma determinada interpretação em detrimento de outra. Na decisão da ADPF 153, são frequentes as referências à doutrina ou à jurisprudência dominante para conceituar alguns termos, como anistia, conexão, crimes comuns, crimes políticos, etc. (ROESLERL, 2012). Esse argumento foi determinante para ser considerado o caráter bilateral da Lei da Anistia, que serviu de amparo ao discurso de validade da extensão da figura dos crimes conexos para os crimes comuns cometidos pelos agentes da repressão.

Em seu voto, o ministro Eros Grau esclarece o significado *sui generis* de conexão, tendo em vista tratar-se de um conceito mais amplo utilizado pelo legislador para que se pudesse relacionar uma infração à outra, isto é, os crimes ditos comuns cuja natureza estejam associados aos crimes políticos ou praticados por motivação política estariam abrangidos pela lei em questão, como estabelece seu §1º, artigo 1º, “para os efeitos” deste artigo.

Para chegar a essa conclusão, fundamenta o ministro relator que a interpretação que deve ser dada à Lei da Anistia é de ter o legislador buscado estender a conexão aos crimes praticados contra os agentes do Estado de exceção. A ela excluiu tão somente os já condenados em sentença transitada em julgado pelos crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, previstos no §2º do artigo 1º da lei 6.683/79. Deste feito, conclui que a Lei da Anistia “[N]ão foi ampla plenamente, mas seguramente foi bilateral” (BRASIL, 2010, p. 28).

Cezar Peluso segue o mesmo entendimento do ministro relator ao afirmar que a relação de conexão à qual a Lei da Anistia se refere é pautada em uma categoria de ordem política e não jurídica. Para ele, a obviedade da extensão da norma “enquanto transcende o campo dos crimes políticos em sentido estrito ou em sentido figurado, como aqueles praticados com motivação política, ao abranger crimes de qualquer ordem” (BRASIL, 2010, p. 206).

Também nesse entendimento o ministro Celso de Melo ao afirmar ser possível a extensão da Lei da Anistia a outros ilícitos penais, isto é, aos crimes comuns, com argumento de que tais delitos são admitidos doutrinariamente, sem que lhes haja qualquer restrição.

4.2.3 Argumento de conteúdo

Os argumentos de conteúdo estão baseados na introdução da ideia de que a Lei da Anistia é classificada como uma lei-medida, ou seja, é lei em sentido formal, pois mesmo com um correto processo de elaboração, há falha de conteúdo, por não descrever uma conduta genérica, abstrata, imperativa e coercitiva.

Esta foi mais uma linha argumentativa utilizada pelo ministro Eros Grau, seguido pela maioria da Suprema Corte na defesa da Lei da Anistia, a categorização desta como uma lei-medida, o que a tornava diferente das leis ordinárias comumente aprovadas (BRASIL, 2010, p. 207).

Explica o ministro relator, as leis-medidas são dotadas de efeito imediato e concreto, já exauridos, e que se traduzem em medidas ou providências dirigidas ao resultado pretendido e que o “poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. [...] Daí porque são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material.” (BRASIL, 2010, p. 31).

Eros Grau aduz que Lei da Anistia não é “uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada” (BRASIL, 2010, p. 34). Assim, os textos derivados destas leis-medidas devem ser interpretados de acordo com a realidade político-social do tempo em que é concedida.

No caso concreto, o argumento da Lei da Anistia como uma lei-medida (*Massnahmegesetze*) serviu para afirmar a necessidade de obediência aos desígnios do legislador de 1979, pois a assertiva de que a interpretação das normas jurídicas se dá por um processo de contínua adaptação à realidade atual só seria verdade se aplicada às leis dotadas de generalidade e abstração (BRASIL, 2010).

4.2.4 Argumento não revisional

O ministro Eros Grau argumenta em seu voto sobre a incompetência do STF para legislar em questões de anistia. Para justificar o posicionamento, o ministro relator aduziu a obrigação de atender à vontade do legislador de 1979 e invoca o princípio de separação de poderes do Estado Democrático de Direito para dizer que a “revisão” da Lei n. 6.683/1979 deve ser feita apenas pelo Congresso, tendo em vista que o fato de que o STF não ter autoridade para legislar (BRASIL, 2010).

A esse respeito, Bernardi (2015, p. 75) esclarece que o ministro retratou a modificação na interpretação da Lei da Anistia de forma “questionável, como uma tentativa de reescrever essa legislação” ao transferir a competência para o Legislativo, “como se o Judiciário não estivesse obrigado a interpretar a lei segundo os princípios da nova ordem constitucional democrática e dos tratados de direitos humanos internacionais ratificados pelo Brasil”.

O ministro Gilmar Mendes segue a mesma linha argumentativa e ressalta que a Lei da Anistia é, acima de tudo, ato revestido de caráter político e com abrangência definida também de forma política. Nesse contexto, cita o entendimento de João Barbalho: “[D]ecretando anistia [...] nenhum dos outros ramos do poder público tem autoridade para entrar na apreciação da justiça ou conveniência e motivos da lei promulgada consagrando tal medida” (BRASIL, 2010, p. 234) e afirma que entender contrariamente a tais preceitos é o mesmo que negar qualquer eficácia ao artigo 48, VIII, da Carta Magna.

Sobre o posicionamento da ministra Carmem Lúcia, ela levanta a possibilidade de mudança de interpretação da Lei da Anistia, mesmo após décadas da sua criação, porém, em se tratando de matéria de Direito Penal, a mudança que sobreviesse não poderia prejudicar os responsáveis pelos crimes anistiados, pois a lei não poderia retroagir se não fosse em benefício do réu e, ainda, a mudança teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação (BRASIL, 2010).

Nesse contexto, qualquer tentativa de mobilização jurídico-legal orientada à revisão da legalidade da Lei da Anistia é reprimida, impossibilitando o ajuizamento de ações pelos familiares das vítimas para responsabilizar criminalmente os agentes opressores por crimes políticos ou equiparados, à época do regime militar brasileiro (BERNARDI, 2015).

4.2.5 Argumento legitimador

Outro argumento contra a ADPF n. 153 utilizado pelo ministro relator, que ganharia força com os votos da maioria dos ministros da Corte ao aderirem ao movimento, foi a incorporação e constitucionalização da Lei da Anistia na Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional n. 26/1985, ato que convocou a Assembleia Nacional Constituinte e deu início às novas bases para a construção de uma nova ordem constitucional (BRASIL, 2010, p. 216).

Isso se deu em vista da Emenda Constitucional n. 26/1985, que teria reafirmado a lei de 1979 a partir do poder constituinte originário da Constituição de 1988. Como esclarece Eros Grau, “[N]ão que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a lei de 1979, porém a do artigo 4º, §1º da EC 26/85” (BRASIL, 2010, p. 43).

Nesse viés, sendo a Lei da Anistia completamente integrada à nova ordem constitucional, a norma prevalece, mas com seu texto sendo substituído por outro, isto é, o texto da Lei da Anistia foi substituído pela Emenda Constitucional. Logo, não faria sentido algum questionar sua adequação perante os preceitos fundamentais da Constituição em que está inserida (TAYLOR, 2008).

Afirmar o contrário, a não recepção da anistia pela Constituição de 88, conforme entendimento exposto na ADPF n. 153 da ministra Ellen Gracie, seria um paradoxo para retirada dos benefícios já alcançados e a derrogação de parte da legislação cuja validade é anterior à Carta Constitucional de 1988 (BRASIL, 2010, p. 195).

Celso de Melo defendeu que os atos concessivos de anistia e da EC 26/85 sucederam por legítima deliberação do Congresso Nacional, tendo como “generosos objetivos” a supressão de elementos de caráter autoritário no ordenamento jurídico vigente e recomposição da comunhão nacional, motivos estes pelos quais foram criados (BRASIL, 2010).

É o que preceitua Gilmar Mendes em seu voto quando insere o argumento da incorporação da anistia pela EC 26/85 para se tornar um dos fundamentos da Constituição de 88 que estava sendo construída na época e, por essa razão, seria impensável toda e qualquer modificação do texto original sem interferir “nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988” (BRASIL, 2010, p. 264).

Após defender a inserção da anistia no próprio ato de origem da Constituição de 1988, complementa o ministro relator que “todos como que (re)anistiados pela emenda que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crime de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (BRASIL, 2010, p. 43), criando uma aparente barreira intransponível a qualquer tentativa de responsabilização criminal perante as famílias dos mortos e desaparecidos políticos que se uniram para denunciar os que cometeram abusos na ditadura (BERNARDI, 2015).

4.2.6 Argumento de inexistência de obrigação internacional

O ministro relator Eros Grau ainda sustentou não ser possível aplicar convenções e tratados internacionais de direitos humanos, bem como o costume internacional e a jurisprudência

dência da Comissão Interamericana de DH. De acordo com o ministro, as normas e decisões de âmbito internacional não produziram qualquer tipo de efeito no Brasil que pudessem ameaçar a impunidade resultante da Lei da Anistia, pois nosso país não teria obrigação internacional para processar e julgar os crimes cometidos por agentes do Estado, tendo em vista a inexistência de Direito Internacional expresso durante o período do regime (BRASIL, 2010).

O ministro justifica o posicionamento considerando o fato de o Brasil não ter ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade à época da ditadura e que a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, juntamente com o artigo 5º, XLIII da Constituição, que declara insuscetível de anistia a prática da tortura, não alcançam as anistias já consumadas, pois apenas teriam sua vigência em momento posterior ao da Lei da Anistia e mesmo que não estivessem protegidos pela anistia, os crimes já estariam prescritos (BRASIL, 2010).

No mesmo sentido o voto do ministro Celso de Mello ao afirmar que anterioridade temporal “impede que a Lei da Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados [...] após vigência daquele benéfico diploma legislativo” (BRASIL, 2010, p. 185).

Ventura (2011), todavia, esclarece que na época do regime militar existiam normas internacionais de vigência expressa, destacando a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção para a Prevenção e a Repressão dos Crimes de Genocídio, que constituem as bases do Direito Internacional de direitos humanos, e as Convenções de Genebra, principal garantia de proteção a civis durante guerras, uma vez que regula e disciplina as condutas dos atores em situações de conflitos armados, logo pilar do Direito Internacional humanitário, mas nenhum foi empregado no julgamento da ADPF 153.

Após defender a falta de internalização dos instrumentos normativos internacionais pelo Brasil, o ministro afirmou ainda que o costume internacional não pode ser fonte de Direito Penal em virtude do princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (BRASIL, 2010). Na análise do ministro relator somente seria possível a regulação de normas referente à prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir por meio de lei interna, esta sendo a única fonte formal direta, legitimadora para tal fim, com exceção apenas das cláusulas constitucionais em sentido diverso. Assim, apenas o Parlamento possuiria competência exclusiva para legislar sobre Direito Penal, tipificando os crimes e as penas e sua anterioridade (VENTURA, 2011).

Por último, Eros Grau defende a tese de que não seria possível a aceitação da jurisprudência do SIDH para processar e julgar crimes anteriores a 10 de dezembro de 1998, data em que o país reconheceu a jurisdição contenciosa da Comissão IDH. Ao fazer referência ao “fantasma da condenação pela Corte Interamericana” (BRASIL, 2010, p. 8), o relator, mesmo não citando expressamente o caso Gomes Lund que já se encontrava passível de julgamento na Comissão, defendeu a competência da Corte apenas após a data da sua aceitação e, com isso, desconsiderou completamente o caráter contínuo e permanente das incontáveis violações de direitos ocorridas no período ditatorial, bem como “o fato de que o não cumprimento do dever de investigar, processar e punir também se estende e perdura no tempo, inclusive

posteriormente ao ano de 1998, podendo ser, como foi, alvo de pronunciamento da Comissão IDH” (BERNARDI, 2015, p. 78).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inequívoca a obrigação do Estado de garantir a tutela de proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, especialmente pelo estabelecimento de medidas estatais voltadas a cumprir recomendações ou condenações específicas realizadas pelo Sistema Interamericano.

No Brasil, no entanto, não existem mecanismos institucionais específicos para instituição das recomendações e condenações do SIDH. O adimplemento interno das medidas determinadas neste âmbito decorre em sua maior parte de decisões essencialmente políticas, visto que depende da disposição e da capacidade dos atores relevantes, a exemplo de órgãos federais como o MRE, a SDH e a AGU, bem como os membros do Legislativo, promotores, juízes e membros dos governos estaduais.

O resultado é a infrequência no cumprimento das recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano que, somada à ausência de mecanismos coercitivos, torna o cumprimento das decisões ainda mais imprevisível e, a cada novo caso, sujeito ao capital político dos envolvidos, ao seu interesse nas causas em questão e, especialmente, à qualidade das relações entre diferentes esferas do governo.

Quando da análise da jurisprudência do caso Belo Monte, muito embora as Ações Civis Públicas, as Ações de Improbidade e as ADIs impetradas pelo MPF tenham sido bem elaboradas pelos procuradores da República envolvidos na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos das populações tradicionais e ribeirinhas da região onde se localiza o empreendimento, os méritos de cada uma delas apoiados nos fatos e na legislação vigente têm sido completamente desconsiderados, uma vez que os fundamentos do STF são pautados em dois argumentos centrais: 1) as ações impugnadas não foram as processualmente corretas; 2) o comprometimento do Estado brasileiro com o desenvolvimento de sua política energética pela crescente demanda do consumo no setor elétrico do país.

A reação do governo brasileiro aos questionamentos internacionais no caso Belo Monte externa o favoritismo de um movimento político cuja conveniência está na construção da UHE para geração de energia e conseqüente crescimento industrial e econômico, e, para além disso, contrário às comunidades locais prejudicadas, confirma a submissão do Judiciário à força do governo, que se utiliza dos institutos jurídicos quantas vezes forem necessárias para fazer prevalecer seus interesses (BERMANN, 2013), evidenciando, no âmbito interno, a violação aos direitos destes povos assegurados em tratados ratificados pelo Estado brasileiro e afetando a cooperação do país com o SIDH pelo descumprimento da medida cautelar imposta pela Comissão IDH em prol do que chamam de “progresso”.

Não obstante, o voto do relator da ADPF 153, sufragado majoritariamente pelo plenário da Corte ao declarar que a Lei da Anistia não perdeu a sua validade, os autores dos crimes praticados durante a ditadura militar não puderam ser processados ou condenados criminalmente (MARMELSTEIN, 2011).

Fundamenta-se tal decisão política em seis eixos argumentativos: 1) o contexto histórico de transição da ditadura militar para a atual democracia; 2) o caráter bilateral da Lei da Anistia para validar o alcance dos crimes conexos para os crimes comuns cometidos pelos agentes da repressão; 3) a classificação da Lei da Anistia como uma lei-medida; 4) a incompetência do STF para legislar em questões de anistia; 5) a incorporação e a constitucionalização da Lei da Anistia perante a nova ordem constitucional de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 26/1985, e 6) a impossibilidade de aplicação de tratados internacionais de direitos humanos, do costume internacional e da jurisprudência da CIDH.

Como pode ser constatado, o pequeno número de casos do Brasil no SIDH não permite traçar maiores conclusões sobre o grau de instituição normalmente atingido pelo país. A análise qualitativa explorada, contudo, aponta para alguns fatores relacionados à baixa efetivação das medidas, assim como os argumentos explorados pelos ministros do STF para o seu descumprimento.

Nessa conjuntura, as normas internacionais de direitos humanos e as decisões de órgãos jurisdicionais externos especializados nessa matéria são tratados pela Suprema Corte brasileira com uma mescla de ignorância e desprezo ao desconsiderar completamente suas obrigações internacionalmente assumidas, com suporte em argumentos jurisprudenciais nacionalistas, ou seja, mesmo quando os tratados internacionais são incorporados no ordenamento jurídico pátrio, o STF tem por costume não considerar suas disposições quando conflitantes com interesses nacionais.

6 REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Vol. I.
- ARRUDA, Carmen Silva Lima de. *O equilíbrio entre o meio ambiente saudável e o desenvolvimento sustentável*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, 2017. ISBN: 978-85-8296-021-9
- AIDA. Associação Interamericana para Defesa do Ambiente. *Guia de defesa ambiental: construindo a estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, 2010. Disponível em: <http://www.aida-americas.org/sites/default/files/refDocuments/GUIA%20AIDA%20PORTUGUES.pdf>. Acesso em: 2 maio 2018.
- BERMANN, Célio. A resistência às obras hidrelétricas na Amazônia e a fragilização do Ministério Público Federal. *Novos Cadernos NAEA*, v. 16, n. 2, p. 97-120, dez. 2013.
- BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, 2011.
- BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Justiça de Transição no México. *Lua Nova*, São Paulo, 94, p. 143-179, 2015.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 788, de 13 de julho de 2005*. Autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do Rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. Eletrobrás. Brasília, 2005. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>. (ver, item nautilus). Acesso em: 4 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar n. 125*. Pará, 2007a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28%22belo+monte%22%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>. Acesso em: 25 out. 2018.
- BRASIL. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 5 jul. 2018.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 14.404. Brasília, 2012. Disponível em: https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/ayresbrito_rcl14404.pdf. Acesso em: 28 out. 2018.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: documentos internacionales: Sistema Regional*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24100.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- CRUZ, Flávia Machado. *Direito Internacional Público*. Niterói, RJ: Impetus, 2010.
- FARIA, Lucas Adam Martinez. *O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Derechos Humanos: diálogos transjudiciais no duplo grau de jurisdição interpretado*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2014. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/259_Lucas%20Adam.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.
- FLEURY, Lorena Cândido; ALMEIDA, Jalcione. A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: conflito ambiental e o dilema do desenvolvimento. *Ambiente e Sociedade*, São Paulo: Scielo, v. 16, n. 4, out./dez. 2013. Versão on-line. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X201300040009. Acesso em: 16 jun. 2018.
- GODOY, Arilda Schimidt. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 20-29, maio/jun. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a04v35n3.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- HEISE, Michael. Past, Present and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision-Making and the New Empiricism. *The University of Illinois Law Review*, 2002, p. 819-850. Disponível em: <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2002/4/Heise.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- HILLEBRECHT, Courtney. The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 4, p. 959-985, nov. 2012.
- HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, 2011.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.
- MARMELSTEIN, George. Guerra de gigantes: STF versus CIDH (Lei de Anistia). *Direitos Fundamentais.net*, 2011. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia/>. Acesso em: 5 jul. 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Derechos Humanos*, 22 de novembro de 1969. San José de Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.
- PETERKE, Sven. *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: Esmpu, 2009.
- PONTES, Felício Jr. Belo Monte: uma década de violência contra a lei, o meio ambiente e o ser humano. In: MERLINO, Tatiana (coord.). *Direitos Humanos no Brasil 2011*. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2011. p. 103-110.
- POZZATTI JUNIOR, Ademar; RIBEIRO, Luana Isis. Entre os Direitos Humanos e a Pressão Política: O Caso Belo Monte no Sistema Interamericano. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí: Editora Unijuí, a. 2, n. 4, jul./dez. 2014.
- RAMANZINI, Isabela Gerbelli Garbin. *"O Prometido é Devido": Compliance no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2014. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROESLERL, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 33, n. 64, 2012.
- TAYLOR, Matthew. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos no quadro atual e perspectivas na passagem do século: os avanços na proteção internacional dos direitos humanos. *In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). Direitos Humanos no Século XXI*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1998. p. 19-49.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o direito internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 4, p. 196-226, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: Institucionalização e Política*. São Paulo: Direito GV, 2013.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2021.17.7563>

O PODER DISCIPLINAR E A PRODUÇÃO DA DELINQUÊNCIA EM MICHEL FOUCAULT

Marcele Homrich Ravasio

Autora correspondente. Instituto Federal Farroupilha. Rodovia RS-218 – Indubrás. Santo Ângelo/RS, Brasil. CEP 98806-700.
<http://lattes.cnpq.br/8085073893881510>. <https://orcid.org/0000-0003-0162-1426>. marcele.ravasio@iffarroupilha.edu.br

Alena Ocom Moreira

Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. <http://lattes.cnpq.br/3884627439171085>.
<https://orcid.org/0000-0001-7633-4486>. alenaocommoreira@gmail.com

Tainah Motta Nascimento

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. <http://lattes.cnpq.br/9362321257824240>.
<https://orcid.org/0000-0002-8327-3930>. tainahmottanascimento@gmail.com

RESUMO

Valendo-se do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, este trabalho parte das contribuições do filósofo francês Michel Foucault acerca da delinquência e das formas pelas quais ela é produzida no sistema penitenciário. Para tanto, parte-se dos modos de poder teorizados pelo autor. As técnicas, que possuem como objetivo uma espécie de treinamento ortopédico dos corpos, são denominadas poder disciplinar. A disciplina, compreendida como um instrumento que permite o controle maciço dos corpos, responsável pela sujeição das potencialidades, contribui para que sejam úteis de algum modo. Nesse sentido, o sistema penitenciário, a prisão, serve como aplicação das decisões dos magistrados e também possui como escopo a inserção permanentemente no detento de um conhecimento que vai transformar uma medida penal em um procedimento penitenciário, fazendo da pena do criminoso uma maneira de modificá-lo, para que, mesmo assim, ele tenha utilidade para a sociedade. O sistema penal, com todos os seus instrumentos de controle, e, principalmente, a prisão em sua essência, fabrica uma classe diferenciada de pessoas. A prisão não exerce seu papel de correção e, conseqüentemente, convoca esses indivíduos ao retorno. Assim, a prisão dispõe da vantagem de produzir a delinquência, que foi, e ainda é, um instrumento de opressão social, direcionada indubitavelmente a uma classe distinta da sociedade.

Palavras-chave: delinquência; poder disciplinar; adestramento; Michel Foucault.

THE DISCIPLINARY POWER AND THE PRODUCTION OF DELINQUENCY IN MICHEL FOUCAULT

ABSTRACT

Through the deductive-hypothetic method and bibliographical research, the present work starts from the contributions of the French philosopher Michel Foucault, with the aim to comprehend the production of delinquency by the prison system starting from the power prioritized by the author. Thus, the techniques that have as aim a kind of orthopaedic training of the bodies are called disciplinary power. Discipline is understood as an instrument that allows massive control of bodies responsible for the subjection of potentialities, which contributes to their usefulness in some way. In this sense, the penitentiary system, the prison serves only as an application of magistrates' decisions, but also has as its scope the permanent insertion in the custody of a knowledge that will transform a penal measure into a penitentiary procedure, making the sentence of the criminal a way of changing it, so that it may still be useful to society. The penal system with all its instruments of control, and especially the imprisonment in its essence, make a differentiated class of people, where the prison does not exercise its correcting role, and consequently summons these individuals to return. Thus, imprisonment produces delinquency, which was, and still is, an instrument of social oppression, undoubtedly directed at a distinct class of society.

Keywords: delinquency; disciplinary power; training; Michel Foucault.

Recebido em: 4/12/2017

Aceito em: 21/10/2020

1 INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos 1970, Foucault direcionou suas pesquisas para a problemática do poder, impulsionado cotidianamente por uma enorme vontade de saber, aliada a uma curiosidade que o conduziu a diferentes assuntos e domínios. Ao longo de suas obras fez exames minuciosos dos dispositivos de poder relativos, por exemplo, à Medicina, à prisão, à história da loucura, à Justiça e também ao Direito. É necessário deixar claro, entretanto, que Foucault sugeriu em suas obras que o poder não está situado em um lugar específico da estrutura social; ele funciona por meio de mecanismos – dispositivos aos quais ninguém do corpo social consegue escapar. É nesse contexto que surge a polêmica de que o poder não é uma propriedade, na medida em que não existe um lado dos que se encontram protegidos por ele.

Na realidade, o que existe são as relações de poder, os seus dispositivos dentro do corpo social, ou seja, o poder é algo que funciona, que se efetua; não é um objeto, uma coisa, é uma relação que se estrutura principalmente em relações de força. O estudo de Foucault procurou esclarecer a conclusão, do seu ponto de vista equivocada, de que o poder está centralizado em um só lugar, desconstruindo a ideia de que o lugar central e único do poder está no Estado e de que as redes de poder da sociedade são efeitos estatais.

Esse poder assumiu as formas mais concretas, invadindo o que há de mais material no indivíduo: o seu corpo, no nível de corpo social, que penetra no cotidiano, chamado de micropoder ou subpoder. Foucault caracterizou a Microfísica do Poder como sendo as técnicas minuciosas de controle do corpo, uma investigação dos procedimentos técnicos, ou seja, um controle dos “gestos, atitudes, comportamentos, hábitos, discursos” (FOUCAULT, 2014a, p. 14).

É necessário parar de caracterizar o poder negativamente, na forma de repreensão, e não apenas reduzir sua função à exclusão dos corpos, embora ele realmente produza isso, mas entender que o poder é mais que opressões, e que esse não é o seu real fundamento; existe um lado positivo nele, que é a produção de verdades. O poder possui uma grande estratégia; ele tem um objetivo que é o corpo humano, não para fazê-lo passar pelo suplício, mas, pelo contrário, para torná-lo corpo dócil e adestrado. Nesse sentido, parece fazer mais sentido sustentar a ideia de que “[...] o que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como a força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso” (FOUCAULT, 1990, p. 8).

O objetivo básico das relações de poder não é retirar os indivíduos do corpo social, mas, sim, controlar suas vidas, administrá-las, adestrá-las, com o intuito de utilizar o máximo possível o seu potencial e sua força de trabalho, pondo fim às revoltas populares; “tornar os homens dóceis politicamente” (FOUCAULT, 2014a, p. 20). Michel Foucault iniciou suas pesquisas sobre o poder quando continuava os estudos sobre a história da penalidade, e no transcorrer desses estudos surgiu o problema correlacionado ao poder “sobre os indivíduos enclausurados que incidia sobre seus corpos e utilizava uma tecnologia própria de controle” (FOUCAULT, 2014a, p. 21).

A base das relações de poder é a revolta. Sem a liberdade não há como haver poder. É preciso um confronto entre as forças sociais, existir uma insurgência por parte dos que estão submetidos às relações de poder. Há, por parte de Foucault, algumas características com relação ao poder que devem ser enfatizadas, dentre as quais é possível citar a questão do poder

disciplinar, que é o centro de toda a sua pesquisa de 1973 a 1975; o biopoder, que foi problematizado entre 1976 e 1977; e, por fim, a governabilidade a partir de 1978.

Na década de 70 do século 20 houve uma modificação da noção de poder em Michel Foucault, na medida em que ele aprofunda suas pesquisas em torno do poder na Civilização Ocidental. É possível observar as diversas estruturas que fizeram funcionar as relações de poder e possibilitaram a criação e o estudo de diferentes categorias de poder. Assim, no percurso da pesquisa destacaram-se as três categorias supracitadas, que coexistem em determinados setores da sociedade ocidental a partir do século 16.

As pesquisas traçam a trajetória do poder desde o século 16 no Ocidente até o momento em que envolve o homem contemporâneo. Foucault caracterizou de biopoder, e também de genealogia do poder, as várias práticas de poder sobre o corpo onde estas terão o corpo como seu principal objeto. “A genealogia [...] está, portanto, no ponto de articulação do corpo com a história. Ela deve mostrar o corpo inteiramente marcado, e a história arruinando o corpo” (FOUCAULT, 1990, p. 22).

Foucault dividiu o poder em duas redes de exercícios. De um lado as técnicas que têm como objetivo fazer uma espécie de treinamento ortopédico dos corpos, com o poder disciplinar; de outro, o corpo como integrante de uma categoria e a população com suas normas e regulamentos. Com a publicação de seu livro *História da Sexualidade I: a vontade de saber*, o enfoque foi centrado para o corpo molar da população, sugerindo o biopoder.

O que realmente interessou para Foucault foi à análise das técnicas e dispositivos utilizados pelo poder e como alguns desses mecanismos permanecem até hoje em nossos corpos. Dentre esses mecanismos está a disciplina; “esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõe uma relação de docilidade-utilidade” (FOUCAULT, 1990, p. 126). Aqui, o poder que se encontra na anatomia do indivíduo é denominado biopoder.

Sucedendo o biopoder, surgiu o poder disciplinar, que alcançou seu pleno desenvolvimento apenas no século 18. Esse poder é uma tecnologia que se sustenta no corpo do indivíduo, mas, principalmente, em seus atos. Foi nesse momento histórico que se colocou em prática o mecanismo pelo qual extraía o tempo, que conseguia utilizar todo o potencial que o indivíduo tinha para o trabalho. Nas palavras de Roberto Machado (1988, p. 194), “[...] nem é um aparelho, nem uma instituição: ela funciona como uma rede que atravessa sem se limitar as suas fronteiras; é uma técnica, um dispositivo, um mecanismo, um instrumento de poder”.

Essa modalidade de poder tem alguns princípios básicos, tais como a distribuição espacial dos indivíduos, que não exerce um controle sobre os resultados das ações, mas, sim, de seus desenvolvimentos, e, por fim, é uma técnica que necessita de vigilância constante dos indivíduos. Foucault faz uma análise do poder disciplinar com o biopoder, sem abandonar nem o primeiro tampoco o segundo, de modo que eles se articulam, formando ideias para a governabilidade.

Surge, então, um novo objeto de articulação do poder: a população. As taxas de mortalidade, natalidade, longevidade, contribuíram para a formação de uma nova tecnologia do poder. É nesse ponto que entra a fusão entre o poder disciplinar e o biopoder; um novo modo de gerir o corpo social e um novo objetivo de análise do poder, que “se situa e exerce ao nível

da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços de população” (FOUCAULT, 1990, p. 129). Não há confirmação, por parte Foucault, de que foi realmente no século 18 que a população passou a ser vista como um objeto de atuação do poder.

Já, no entanto, na Antiguidade, em Roma, era possível visualizar a existência de políticas públicas que visavam a uma regulamentação da população, mas foi apenas no século das luzes que a população começou a ser estudada com afinco, surgindo várias políticas baseadas nas ciências dos homens, como a criação da medicina social, objetivando a higiene corporal contra doenças e pestes.

Com essas políticas ocorria o controle maciço da população, diferenciando-se das antigas políticas que eram negligentes com os indivíduos. Assim aduz o autor:

[...] qual é a base para esta transformação? Genericamente, pode-se dizer que ela se relaciona com a preservação e conservação da “força de trabalho”. Mas, indubitavelmente, o problema é mais amplo. Ele indiscutivelmente se refere aos efeitos político-econômico da acumulação de homens (FOUCAULT, 1990, p. 171).

O que o autor quer dizer é que, em razão do numeroso crescimento demográfico do século 18 na Europa Ocidental, houve uma necessidade do Estado de utilizar mecanismos de controle mais eficazes e adequados, proporcionando um novo cálculo da tecnologia populacional, com pirâmides etárias, estudos com relação ao crescimento ou não da população e os números de casamentos e procriações. É preciso entender que governo não é um grupo de pessoas que têm a gestão das políticas públicas ou quem conduz o Estado, mas, sim, como aduziu Foucault no século 16,

[...] governo não se referia apenas a estruturas políticas ou administrativas dos Estados; antes, designava o modo pelo qual a condução de indivíduos ou grupos deveria ser orientada: o governo das crianças das almas, dos bens, das famílias, dos doentes (FOUCAULT, 1990, p. 221).

Nos séculos 17 e 18 foi necessário uma arte de governar voltada para o Estado; um governo produzido pelo Estado moderno, pois só nesse momento aparece, nos estudos de Foucault, a vontade de explicar o Estado como sendo um conjunto de práticas que tem a população como objeto, na economia e em dispositivos de segurança, prática denominada por Foucault de governabilidade. Uma arte de governar na modernidade; “de uma nova razão governamental no sentido de um governo racional capaz de conhecer e aumentar a potência do Estado” (FOUCAULT, 2014a, p. 31-32).

Na metade do século 18 colocou-se em pauta o problema de uma unificação do poder urbano. Percebeu-se a necessidade de que, pelo menos nos grandes centros urbanos, fosse feita uma organização do corpo urbano de um modo homogêneo e bem regulamentado. Um dos motivos é que a cidade não é apenas um lugar das indústrias/mercado, mas, sim, de produção, e essa vem dos indivíduos, necessitando, assim, de mecanismos que regulamentem, da melhor forma possível, o trabalho, para extrair todo o seu potencial. O outro motivo é político;

[...] o aparecimento de uma população operária pobre que vai tornar-se, no século XIX, o proletariado, aumentará as tensões políticas no interior da cidade. As relações entre diferentes pequenos grupos, que se opunham uns aos outros, mas se equilibravam e se

neutralizavam, começam a se simplificar em uma espécie de afrontamento entre rico e pobre, plebe e burguês, que se manifesta através de agitações e sublevações urbanas cada vez mais numerosas e frequentes (p. 153).

É nesse cenário que as revoltas urbanas começam a ocorrer, especialmente pela plebe em vias de se proletarizar. Surge, então, essa preocupação de haver um poder político que seja capaz de analisar e enquadrar a população urbana. A medicina é um dos mecanismos que surgem nesse sentido; um meio político, como exclusão, como meio de purificação do espaço urbano, pois medicalizar um dos indivíduos era a mesma coisa que purificar o restante da população. Na mesma direção temos a exclusão dos loucos e dos delinquentes, como um modo de tirar do convívio da população quem não era útil para a sociedade/Estado.

2 A DELINQUÊNCIA EM MICHEL FOUCAULT

No ano de 1955, Lévi-Strauss escreveu em um trecho de seu livro *Tristes trópicos* que as sociedades descobriram dois meios de excluir um indivíduo perigoso: a primeira maneira é incorporar toda essa energia do indivíduo para aniquilar tudo de perigoso que possa haver nela, é a solução antropofágica; e a outra forma é tentar derrotar a adversidade dessa força, acabando com o que tiver de energia nela, ou seja, é a forma contrária da primeira maneira, é vencer essa energia para obter o seu controle; essa prática é chamada, pelo autor, de antropoemia.

Foucault, por um tempo, utilizou-se dessa definição de exclusão em suas obras. Com efeito,

[...] ela serviu para caracterizar, designar de modo bastante vago o estatuto conferido, numa sociedade como a nossa, a delinquentes, minorias étnicas, religiosas e sexuais, a doentes mentais, a indivíduos que ficam fora dos circuitos de produção ou consumo, enfim a todos aqueles que possam ser considerados anormais ou desviantes. Não acredito que essa noção tenha sido inútil; em dado momento, ela pôde exercer uma função crítica útil, visto que se tratava de reverter as noções psicológicas, sociológicas ou psicossociológicas que tinham invadido o campo das ciências humanas, tais como as de desvio, inadaptação e anomalia, cujo conteúdo psicológico ocultava uma função bem precisa: mascarar as técnicas, os procedimentos e os aparatos com os quais a sociedade excluía alguns indivíduos, para apresentá-los em seguida como anormais, desviantes (FOUCAULT, 2015, p. 4).

Para uma análise mais profunda do assunto, porém, essa definição é insuficiente, posto que a noção de exclusão nos mostra o indivíduo excluído das representações sociais; “ele já não se comunica com os outros no nível do sistema de representações, e é por isso que se mostra, precisamente, desviante” (FOUCAULT, 2015, p. 4-5). Foucault explica, também, que essa definição de exclusão de Lévi-Strauss oportuniza responsabilizar toda a sociedade pelo dispositivo que faz com que o excluído seja excluído, ou seja,

[...] perde-se não só o mecanismo histórico, político, de poder, como também se corre o risco de ser induzido em erro no que se refere à instância que exclui, pois a exclusão [parece] referir-se a algo como um consenso social que rejeita, ao passo que por trás disso talvez haja várias instâncias perfeitamente especificadas, por conseguinte definíveis, de poder que são responsáveis pelo mecanismo de exclusão (FOUCAULT, 2015, p. 5).

Neste mesmo período a noção de transgressão teve quase o mesmo papel que a noção de exclusão; elas tiveram um papel histórico muito importante, mas, na concepção de Foucault, agora elas devem seguir um novo rumo; “já não se falará em lei, regra, representação, mas em poder em vez de lei, em saber em vez de representação” (FOUCAULT, 2015, p. 7).

Lévi-Strauss ainda faz uma análise do desenvolvimento histórico das táticas punitivas, que são quatro grandes táticas de sanção que se desenvolveram ao longo dos séculos. A primeira ele chamou de *excluir*, que se refere à proibição de um indivíduo em lugares públicos e sagrados, proibindo todas as regras de cordialidade; “trata-se de privá-lo de sua casa, suprimir até a realidade de seu lar” (FOUCAULT, 2015, p. 7). A segunda tática era *organizar um ressarcimento, impor uma compensação*; nesse caso, com a infração da regra ocorrem dois procedimentos: em um a vítima do dano pode exigir a reparação, e, por outro lado, desencadeará algumas obrigações para o infrator; “o objetivo é prender o infrator dentro de uma rede de obrigações multiplicadas, exacerbadas em relação à rede tradicional na qual ele se encontra” (FOUCAULT, 2015, p. 8).

Temos como terceira sanção a marcação (*marcar*), ou seja, é fazer um sinal no corpo, fazer com que esse corpo seja diminuído, nem que essa marca seja simbólica; estabelecer de qualquer forma a humilhação nesse corpo; “ao poder que impôs a pena e, com essa pena, deixou no corpo do suplicado a marca de sua soberania. Na cicatriz ou amputação, visível não apenas a culpa, mas também o soberano” (FOUCAULT, 2015, p. 9). Por último, *encarcerar*, prática que foi definitiva na virada do século 18 para o 19.

O desempenho da marcação como punição é um trabalho com o corpo; uma maneira específica de gravar o poder no corpo do infrator e uma forma também de colocar no corpo do espectador a memória da culpa:

Se do fim da Idade Média ao século XVIII assistimos a uma variedade tão luxuriante de suplícios, é porque, precisamente, era necessário levar em conta toda uma série de variáveis: por exemplo, o *status* do culpado, e assim temos a decapitação, que é a morte marcada pelo selo do nobre, e a forca, morte que marcará o camponês. Têm-se a fogueira para o herege, o esquartejamento para os traidores, o desorelhamento para os ladrões, o furo da língua para os blasfemadores (FOUCAULT, 2015, p. 11).

Tudo isso funcionou até nos devaneios do tempo. A execução de Damiens, em 1757, foi o último grande confronto entre o rei e o povo, e foi nesse momento que o rei mostrou o que era capaz de fazer com o corpo de um indivíduo ao encontrar a morte no sistema penal, o qual é um sistema de reclusão e porque agora ele não desempenha um papel de marca do poder no corpo do indivíduo, mas, sim, é uma forma de reclusão redobrada, uma reclusão definitiva. A morte, agora, é a reclusão definitiva e mais segura do corpo. Foucault quis explicar essas quatro táticas de punição com a intenção de esclarecer a seguinte questão:

[...] que formas de poder são efetivamente exercidas para que, às infrações que põem em xeque suas leis, suas regras, seu exercício, ele responda com táticas como a exclusão, a marca, o ressarcimento ou a reclusão? Se me apego a essas táticas, e principalmente à reclusão, não é para tentar reconstituir o conjunto das representações jurídicas e morais que supostamente sustentam e justificam essas práticas penais; é por querer definir a partir daí as relações de poder efetivamente em ação através dessas táticas. Em outras

palavras, gostaria de abordar essas táticas como *analisador* das relações de poder, e não como *reveladores* de uma ideologia. O sistema penal como analisador de poder (FOUCAULT, 2015, p. 12-13).

De acordo com o autor, para fazer uma análise do sistema penal é necessário averiguar a origem das lutas na sociedade e verificar como elas se desenrolaram com relação ao poder. Então, se as táticas de punição são analisadoras das relações de poder, o elemento primordial é a luta política em torno do poder contra ele. “Aí está todo o jogo de conflitos, de lutas existentes entre o poder tal como exercido numa sociedade e os indivíduos ou grupos que, de uma maneira ou de outra, procuram escapar desse poder, que o contestam local ou globalmente” (FOUCAULT, 2015, p. 13).

Para Foucault, é preciso colocar no centro das análises do sistema penal a chamada guerra civil, e no seu entendimento com ela é possível entender essas táticas de lutas; ela é a fonte de todas as lutas pelo poder, como também a favor do poder e contra ele; é o que possibilita compreender o funcionamento do mecanismo da penalidade: a reclusão.

O período que será analisado é de 1825 a 1848, quando foi instaurado o funcionamento do grande sistema penal. Neste momento está em andamento a guerra social, ou seja, não é a guerra de todos contra todos, mas, sim, a guerra de ricos contra pobres, dos que são proprietários contra os que nada possuem, dos patrões contra os empregados. Então, é necessário adotar como ponto de partida para as táticas penais a guerra civil. É possível averiguar nos discursos da época “que as leis sociais são feitas por pessoas às quais elas não se destinam, mas para serem aplicadas àqueles que não a fizeram” (FOUCAULT, 2015, p. 22).

Deste modo, em 23 de novembro de 1831, em uma intervenção na Câmara no momento em que se debatia a criação de circunstâncias atenuantes no Código Penal, o deputado M. Bernard (1831, p. 5) do Departamento do Var afirmou:

[...] as leis penais, destinadas em grande parte a uma classe da sociedade, são feitas por outra. Admito que elas afetam a sociedade inteira; nenhum homem tem a certeza de sempre escapar ao seu rigor; contudo, é verdade que quase a totalidade dos delitos, sobretudo de certos delitos, é cometida pela parte da sociedade à qual o legislador não pertence. Ora, essa parte difere quase inteiramente da outra em espírito, costumes e em toda a sua maneira de ser. Portanto, para fazer leis que lhe conviessem, o legislador deveria, antes de tudo, parece-me, tentar esquecer o que ele mesmo é, [...] buscar com atenção não o efeito de determinada disposição da lei sobre ele mesmo, mas sobre o espírito do povo para o qual ele trabalha, que tem disposições bem diferentes (*apud* FOUCAULT, 2015, p. 22).

Outro ponto importante é o princípio da vigilância universal, que já é tratada desde 1827, ou seja, uma civilização/arquitetura do espetáculo na qual encontram-se várias pessoas reunidas em torno de alguma coisa, em que todos os olhares são destinados a uma só coisa e é exatamente isso que ocorre na era moderna: a transformação do espetáculo em vigilância. Nesse ínterim, “toda uma disposição de espírito em geral, tal que, a partir daí, os homens serão oferecidos como espetáculo a um pequeno número de pessoas, em última análise a um único homem destinado a vigiá-los” (FOUCAULT, 2015, p. 22-23). O próximo elemento é a reclusão, o aprisionamento, quando a vigilância era ainda mais importante para o seu funcionamento pleno.

Primeiramente, é preciso diferenciar a guerra de todos contra todos da guerra civil. O aumento do poder faz os indivíduos entrarem em um sistema de marcas para compor nas relações entre os homens, ou seja, uma vontade de impor respeito perante o outro. Hobbes chamou isso de “glória”; a rivalidade que constitui a guerra de todos contra todos é uma consequência necessária das paixões dos indivíduos, e apenas com o surgimento de um soberano vai conseguir pôr um fim nessa rivalidade de todos contra todos. “É preciso que tenha havido esse processo por meio do qual os poderes de todos os indivíduos sejam transferidos para um único indivíduo ou para uma assembléia e todas as vontades se reduzam a uma única vontade” (FOUCAULT, 2015, p. 26-27). A guerra apenas termina quando ocorre essa transferência de poder para o soberano.

A guerra civil é, então, o término da dissolução do soberano, ou seja, enquanto a guerra de todos contra todos somente acaba com o aparecimento do soberano, a guerra civil só poderá reaparecer quando todo esse sistema terminar, quando o soberano sumir. A realidade é que,

[...] não há guerra civil que não seja confronto de elementos coletivos: parentes, clientelas, religiões, etnias, comunidades linguísticas, classes etc. É sempre por meio de massas, por meio de elementos coletivos e plurais que a guerra civil nasce, se desenrola e se exerce. Portanto, ela não tem em absoluto a dimensão natural das relações entre indivíduos na qualidade de indivíduos: os atores da guerra civil são sempre grupos na qualidade de grupos (FOUCAULT, 2015, p. 27).

A guerra civil é formada por personagens coletivos e faz com que ainda mais apareçam novos personagens coletivos; além disso, ao contrário do que a teoria política afirma, a guerra civil não aparece antes do poder e muito menos é aquilo que marca o desaparecimento dele. Ela não está em um vínculo de exclusão com o poder; pelo contrário, a guerra civil tem seu pleno desenvolvimento no poder. Dentro dele “não há guerra civil a não ser no elemento do poder político constituído; ela se desenrola para manter ou para conquistar o poder, para confiscá-lo ou transformá-lo” (FOUCAULT, 2015, p. 28), ou seja, quando ocorre um movimento de revolta não tem a destruição de elementos de poder, mas, sim, o apoderamento deles para colocar em funcionamento, entretanto com outro objetivo:

Guerra civil é, ao contrário, aquilo que assombra o poder: assombrar não no sentido de causar medo, mas no de que a guerra civil habita, permeia, anima e investe o poder integralmente. Encontram-se os signos disso na forma de vigilância, da ameaça, da posse da força armada, enfim, de todos os instrumentos de coerção que o poder efetivamente estabelecido adota para exercer-se (FOUCAULT, 2015, p. 30).

Em meio à guerra civil e a esses movimentos coletivos, surge, no século 18, a posição do criminoso, mas com a concepção de que o crime não é apenas uma culpa, aquela que causa algum prejuízo a alguém, mas, sim, aquilo que prejudica a sociedade como um todo, ou seja, nesse período histórico o criminoso começou a ser visto como aquele que rompe com o pacto social e entra em guerra contra a sua própria sociedade. O crime é aquilo que reacende de forma precária a guerra de todos contra todos, ou melhor, de um sujeito contra o resto.

O criminoso é, então, o inimigo social, o estranho, mas não como externo. Dessa forma, a punição não deveria ser o ressarcimento desse prejuízo e nem um castigo; pelo contrário, a sociedade deve instalar uma contraguerra contra o inimigo da sociedade e, assim, constitui-se

a noção de pena, que não ocorre pelo tamanho da culpa ou o prejuízo causado, mas pelo que é útil para a sociedade; é de máxima importância para ela que os seus inimigos sejam domados e que não se multipliquem e, para isso, é necessário apossar-se deles. Já asseverava Paley (1785, p. 526) na Inglaterra: “Se a punição do delinquente não fosse perigosa para a sociedade, não haveria nenhuma razão para punir” (*apud* FOUCAULT, 2015, p. 32).

Desde a Idade Média começou a nascer com as instituições a chamada ação penal, isto é, um crime poderia ser movido pelas autoridades, um processo pelos representantes da sociedade, independentemente de queixa feita pela vítima; essa ação veio para substituir a vingança. A ação pública apenas era efetivada pelo procurador ou advogado do rei, porque, desde a Idade Média,

[...] o soberano já não aparece na cena da justiça simplesmente como justiceiro supremo, aquele ao qual, em última instância, se pode recorrer, mas sim como responsável pela ordem, cuja autoridade foi lesada precisamente pela desordem ou pelo crime e que, como soberano lesado, pode apresentar-se como acusador. Assim, na prática penal, fazia muito tempo que o soberano substituía o adversário singular do criminoso e vinha colocar-se diante deste. E, em nome da ordem e da paz que ele supostamente deve fazer reinar, vem declarar que o criminoso o atingiu pelo simples fato de ter-se posto num estado de guerra “selvagem” com um indivíduo, atacando-o independentemente das leis (FOUCAULT, 2015, p. 32).

No fim do século 18 surgiram várias instituições que fizeram com que o criminoso fosse efetivamente constituído como inimigo social, ou seja, mecanismos que sustentaram a ação pública para que ela não fosse apenas privada, mas eficaz. Instituições do Ministério Público, polícia judiciária, o júri, que vimos funcionando no século 19, marcaram o momento em que a sociedade teve o direito de julgar o criminoso ou de julgar por seus representantes, ou melhor, ele não era julgado por árbitros, mas, sim, pela sociedade.

Nesse momento surgiu a possibilidade de uma percepção psicopatológica ou psiquiátrica do criminoso, alguém inflexível à sociedade,

[...] incapaz de adaptação social, que vive uma relação de agressividade constante com a sociedade, sendo estranho a suas normas e a seus valores. Em torno do fenômeno da criminalidade nascerão discursos e instituições como os que se organizam com o nome de psicopatologia do desvio. Haverá [também], nesses efeitos epistêmicos, a possibilidade de análise pela própria sociedade da produção de seus inimigos: como pode ocorrer que uma sociedade chegue a certo grau de crime, de decomposição tal que produza em grande quantidade pessoas inimigas suas? Percebe-se aí como se situa, como se fixa a possibilidade de uma sociologia da criminalidade como patologia social. Essa espécie de conector que constitui o criminoso como inimigo social é na realidade um instrumento por meio do qual a classe que está no poder transfere para a sociedade, na forma de júri, ou para a consciência social, por todas essas mediações epistêmicas, a função de rejeitar o criminoso. Essa exclusão, que eu dizia não considerar função fundamental, é aquilo que a classe que está no poder quer que aqueles para os quais ela aparentemente transferiu a função de julgar ou castigar façam em seus atos ou em sua consciência (FOUCAULT, 2015, p. 34).

As primeiras análises econômicas da delinquência ocorreram na segunda metade do século 18 entre os fisiocratas, que eram os economistas da época, um grupo de pessoas a favor do livre-câmbio, da liberdade de comércio e de grãos e, principalmente, do liberalismo econômico, de modo que queriam um reino da ordem natural. Foucault (2015) declara que

[...] o que essa análise tem de especial é que fixa a posição, o papel e a função da delinquência, não em relação ao consumo, à massa de bens disponíveis, mas em relação aos mecanismos e processos de produção; por outro lado, no exato momento em que os fisiocratas definem o delinquente [pelo ângulo da] produção, também o caracterizam como inimigo da sociedade: é a própria posição do delinquente relativamente à produção que o define como inimigo público (p. 43).

Um dos primeiros a fornecer esse tipo de análise foi Le Trosne, no texto *Mémoire sur les vagabonds et sur les mendiants*, em 1764. Ele afirma que a vagabundagem é o elemento que faz com que os outros tipos de crimes surjam; ela é a matriz do crime que mantém todas as outras configurações de delinquência. Essa análise de Le Trosne, porém, vai de contramão a duas análises tradicionais da época. A primeira traz que a ociosidade é a mãe de todos os vícios, ou seja, de todos os crimes, “a ociosidade é o traço psicológico ou a falta de que derivam todas as outras formas de desvios ou crimes” (FOUCAULT, 2015, p. 43). Nesta análise, a vagabundagem não é uma predisposição psicológica, mas, sim, uma forma comum de existir dos errantes, de um grupo específico da sociedade que se mostra como uma *contrassociedade*.

Posteriormente, na França, a vagabundagem não era punida a contento. O vagabundo pertencia ao sistema penal pela ação de pedir mantimentos para alguém sem ter um trabalho. Para Le Trosne, a entrada no mundo da delinquência está na vagabundagem, por não ter uma casa própria, por não ter um pedaço de terra seu, por não se determinar a conseguir um trabalho, ou seja, o crime começa quando não se tem uma situação civil estabelecida.

Segundo o pensamento de Le Trosne, não é por falta de trabalho que alguém se torna errante, pois, mesmo não tendo sustento para todos o que nunca falta é a possibilidade de trabalho, pois sempre terá trabalho suficiente para todos mesmo que o sustento não seja suficiente para a subsistência. Logo,

[...] o vagabundo não é tanto aquele a quem falta subsistência e por isso é empurrado para fora; é mais aquele que, por livre e espontânea vontade, recusa a oferta de trabalho que a terra nos faz com tanta generosidade. Não é o desemprego coagido e forçado que, aos poucos, começa a mendigar e vagar, é aquele que se recusa a trabalhar. Há, pois, uma identidade primordial e fundamental entre vagar e recusar trabalho: é nisso que, para os fisiocratas, reside o crime do vagabundo (FOUCAULT, 2015, p. 45).

Conforme Le Trosne, os vagabundos determinam as suas relações de poder de uma forma selvagem, exterior à lei com os indivíduos que estão no âmbito da sociedade civil. Desta forma, ele examina as modalidades de instauração das relações de violência, as quais representam formas particulares de delinquência. As investigações sobre a delinquência no século 17 começavam pelo desemprego para, assim, explicar a mendicidade e a delinquência, mas, para os fisiocratas, não era essa a definição correta. Os criminosos aparecem como inimigos da sociedade em razão das relações de poder violento que desempenham sobre a população e o seu posicionamento no sistema de produção, no sentido de recusar-se a trabalhar.

Le Trosne justifica o porquê de a sociedade civil não usar armas para se defender dos indivíduos que estão fora da lei ao afirmar que a população está desarmada precisamente por pertencer à sociedade civil, pois as pessoas renunciam à selvageria e ao uso livre de armas em virtude do pacto social. Pertencer a uma sociedade é rejeitar o uso de armas para se defender de uma forma imediata, uma vez que esse direito foi atribuído ao soberano. O soberano, po-

rém, defende a população com leis inadequadas, que ocorrem por diversas razões. De acordo com Le Trosne, uma é que a legislação deixa as pessoas circularem e só as prendem quando estas estendem a mão, e outra razão é que as leis fazem sua intervenção tarde demais. Para ele, as leis são demasiadamente complacentes, pois o principal das penas é a expatriação do indivíduo para outra região, fazendo com que eles comecem a vagar.

Dessa forma, o autor apresenta quatro medidas: a primeira seria a escravização, a qual faz com que o criminoso trabalhe da forma mais coercitiva possível; a segunda é que essa escravização apenas pode ser levada ao seu último resultado se for seguido por ato jurídico de colocar o criminoso fora da lei; a terceira medida é a autorização à comunidade campesina de armar-se; e a última medida é a caça e o alistamento em massa para o trabalho. Esse era um sonho de Le Trosne: um enclausuramento no local de trabalho, o qual possibilitaria aniquilar qualquer pessoa que se recusasse a trabalhar. Nesse sentido, Foucault (2015) assevera:

[...] esse texto nos conta, em sua selvageria e onirismo, aquilo que vai ocorrer meticulosamente quando as instituições e as medidas de coerção capitalistas forem instaladas. A passagem da caçada à *coerção* que transforma a força de trabalho em força produtiva é a condição de funcionamento do sistema penal em nossa sociedade (p. 48).

Ao se repensar esse texto da época, junto com os seus elementos e a descrição dos vagabundos, a posição que lhes foi designada na sociedade e em relação aos sistemas de produção pode-se perceber outra condição. Essas pessoas que se recusam a trabalhar, fugindo dos impostos, oneram uma quantidade de pessoas mais reduzida com a integridade da carga fiscal, que

[...] produzem filhos naturais, impõem suas cobranças de sustento, punem e festejam também são os monges itinerantes, os nobres, os agentes fiscais. Isso quer dizer que esse texto é surpreendente: nele se encontra ao mesmo tempo uma exatidão histórica total quanto aos costumes dos vagabundos e de outros personagens; é tanto a descrição dessa contrassociedade quanto a descrição da sociedade feudal da qual a burguesia queria se livrar. Lendo-se assim, o texto ganha uma violência inaudita: o que é essa regra de auto-defesa campesina, senão uma espécie de convocação à insurreição? Assim, o texto diz de um lado aquilo que ocorrerá efetivamente no século XIX e, do outro, faz, de maneira codificada, uma crítica real aos resquícios de feudalismo na sociedade do século XVIII: todos devem pertencer ao Estado (FOUCAULT, 2015, p. 48).

Assim, o vagabundo e o senhor feudal integram duas instâncias de antiprodução que, na esteira de Foucault, são inimigas da sociedade; nesse sentido, é possível perceber a conjugação de uma equiparação que para o autor será fundamental, pois, a partir do momento em que a sociedade se estabelece como conjunto de relações entre sujeitos que permitem a produção, possibilitando sua maximização, estrutura-se um critério que ocasiona a designação de um inimigo da sociedade: qualquer pessoa que se oponha à regra de maximização da produção (FOUCAULT, 2015).

Foucault aduz que quando um laçao rouba seu senhor ele é um ladrão que deve ser louvável, posto que o crime ocorre em um sentido: tira o dinheiro de quem tem demais e entrega a pessoas necessitadas. Para o autor, é essa delinquência que está em toda a sociedade, “que de certo modo segue todas as suas nervuras, flui de cima a baixo e constitui seu jogo por excelência” (2015, p. 51). A delinquência anima esse jogo, fazendo com que ele se mova,

porque é assim que pessoas que não têm nada se transformam em poderosos e os poderosos perdem tudo. Afinal, “delinquência é uma espécie de função social permanente” (FOUCAULT, 2015, p. 51); ela é o outro lado da história, o avesso, o externo à lei, é o jogo da sociedade, a contradição entre ser pego e não ser pego.

3 PODER DISCIPLINAR E O SISTEMA CARCERÁRIO

A disciplina é compreendida por Foucault (2014a) como um dispositivo de poder que não foi, em sua totalidade, inventada, mas a elaboração de seus princípios desenvolveu-se no decorrer do século 18. Elas existiram há muito tempo na Idade Média e na Antiguidade, posto que os mosteiros muito conhecidos na época eram um ótimo exemplo, onde predominava o sistema disciplinar assim como na escravidão, nas colônias espanholas, inglesas, francesas e até na legião romana.

Os mecanismos disciplinares são muito antigos, e Foucault (2014a) menciona que viviam isolados até os séculos 17 e 18, quando a disciplina foi descoberta como um poder, uma nova forma de aperfeiçoar os indivíduos. Durante a história da humanidade, muito se falou das ciências humanas, das descobertas químicas, mas nada foi dito a respeito da tecnologia que fez com que o indivíduo fosse controlado, incorporando um efeito útil para o seu corpo, resultando no seu tempo e trabalho.

Ocorreu nessa época uma distribuição espacial dos indivíduos, e Foucault (2014b) utiliza como exemplo o que aconteceu no exército no século 17. O mesmo era composto apenas por um amontoado de pessoas, com uns mais fortes e outros mais fracos, quando surgiu, nesse cenário, o fuzil. Foi necessário, então, estudar a distribuição desses indivíduos no espaço, colocá-los em posições que teriam mais potencial, em que fosse utilizado o máximo de seus corpos, ou seja, ensinar o soldado a colocar-se no lugar onde fosse necessário, analisar o espaço, inserir seus corpos.

A disciplina tem controle sobre o desenvolvimento de uma ação e não sobre o seu resultado. Consoante Foucault (2014b), a partir do século 18 prosperou uma arte do corpo humano. Observava-se como esse corpo trabalhava, quais gestos ele fazia, qual era o gesto mais eficaz. Desse modo, surgiu o chamado contramestre, pessoa treinada para observar tudo o que o trabalhador fazia, para que seu trabalho fosse feito cada vez mais rápido, ou seja, o corpo humano como um mecanismo para o sistema de produção.

O sistema disciplinar necessita que os indivíduos sofram uma vigilância contínua. Não é suficiente olhá-los apenas uma vez e ver se estão fazendo o trabalho corretamente. É preciso uma vigilância em tempo integral; e “submetê-los a uma perpétua pirâmide de olhares” (FOUCAULT, 2014b, p. 182). Desta maneira funciona no exército, quando não há interrupção do general-chefe por um ínfimo soldado, pois cada um vigia quem está ao seu lado: “como também os sistemas de inspeção, revistas, paradas, desfiles, etc., que permitem que cada indivíduo seja observado permanentemente” (FOUCAULT, 2014b), pois

[...] a disciplina implica um registro contínuo. Anotação do indivíduo e transferência da informação de baixo para cima, de modo que, no cume da pirâmide disciplinar, nenhum detalhe, acontecimento ou elemento disciplinar escape a esse saber. No sistema clássico, o exercício do poder era confuso, global e descontínuo. Era o poder do soberano sobre grupos constituídos por famílias, cidades, paróquias, isto é, por unidades globais, e não

um poder contínuo atuando sobre o indivíduo. A disciplina é o conjunto de técnicas pelas quais os sistemas de poder vão ter por alvo e resultado os indivíduos em sua singularidade (p. 182).

A individualização, para Foucault (2014a), tem como instrumento fundamental o exame, o qual é uma maneira de observar os indivíduos, classificá-los, julgá-los e, por consequência, utilizá-los ao máximo, fazendo com que eles se transformem em um elemento contínuo do exercício do poder. Essas características são inter-relacionadas, mas, além disso, adaptaram-se às necessidades de cada instituição de poder para realizar o mesmo objeto de adestramento. É importante ter em mente que a disciplina não é um aparelho, nem uma instituição; ela funciona como uma rede que atravessa o mundo sem fronteiras; “é o diagrama de um poder que não atua do exterior, mas trabalha o corpo dos homens, manipula seus elementos, produz seu comportamento” (FOUCAULT, 2014a, p. 21).

O poder disciplinar no início do século 17 foi conhecido como a arte do bom adestramento, como um efeito que não se apropria do corpo; pelo contrário, adestra-o, fazendo com que todas as suas forças sejam utilizadas da melhor forma possível não para o indivíduo, mas, sim, para os sistemas de produção: “Adestra as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autônomas orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios” (FOUCAULT, 1999, p. 143).

A disciplina fabrica os indivíduos; é o poder que transforma as pessoas em objetos e, ao mesmo tempo, em instrumentos de seu exercício. Funciona da forma mais calculada possível, a ponto de nem mesmo o Judiciário escapar de tal modalidade. O sucesso do poder disciplinar dá-se ao uso de três simples instrumentos: “o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame” (FOUCAULT, 1999, p. 143).

A vigilância hierárquica, para Foucault (2014b), é o dispositivo que obriga com apenas o olhar, induzindo efeitos e meios de coerção visíveis sobre quem se aplica. No decorrer da época clássica, foram construídos os chamados observatórios, quando foi realizada a técnica de ver e não ser visto, e esses observatórios tinham seus modelos quase iguais a de um acampamento militar, porém tinham de ser mais discretos: “No acampamento perfeito, todo o poder seria exercido somente pelo jogo de uma vigilância exata; e cada olhar seria uma peça no funcionamento global do poder” (FOUCAULT, 2014b, p. 144), na medida em que

[...] toda uma problemática se desenvolve então: a de uma arquitetura que não é mais feita simplesmente para ser vista (fausto dos palácios), ou para vigiar o espaço exterior (geometria das fortalezas), mas para permitir um controle interior, articulado e detalhado – para tornar visíveis os que nela se encontram; mais geralmente, a de uma arquitetura que seria um operador para a transformação dos indivíduos: agir sobre aquele que abriga, dar domínio sobre seu comportamento, reconduzir até eles os efeitos do poder, oferecê-los a um conhecimento, modificá-los. As pedras podem tornar dócil e conhecível (p. 169).

Graças à vigilância hierárquica, o poder disciplinar pode tornar-se realmente um sistema integrado, o qual liga o interior de uma economia ao final do exercício do mecanismo, organizando-se como um poder que é autônomo, pois, como essa vigilância recai sobre as pessoas, o seu funcionamento é do alto para baixo com fiscais permanentes:

O poder na vigilância hierárquica das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um “chefe”, é o aparelho inteiro que produz “poder” e distribui os indivíduos nesse campo permanente e contínuo. O que permite ao poder disciplinar ser absolutamente indiscreto, pois está em toda parte e sempre alerta, pois em princípio não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar; e absolutamente “discreto”, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio. A disciplina faz “funcionar” um poder relacional que se autossustenta [sic] por seus próprios mecanismos e substitui o brilho das manifestações pelo jogo ininterrupto dos olhares calculados. Graças às técnicas de vigilância, a “física” do poder, o domínio sobre o corpo se efetua segundo as leis da ótica e da mecânica, segundo um jogo de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recurso, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência. Poder que é em aparência ainda menos “corporal” por ser mais sabiamente “físico” (FOUCAULT, 2014b, p. 174).

A sanção normalizadora, de acordo com Foucault (2014b), é essencial em qualquer sistema disciplinar; é uma espécie de pequeno mecanismo penal; ocupa um espaço que escapa às normas; é uma maneira de qualificar ou recriminar um comportamento. A disciplina, porém, traz uma maneira própria de punir; “o que pertence à penalidade disciplinar é a inobservância, tudo que está inadequado à regra, tudo o que se afasta dela, os desvios” (FOUCAULT, 1999, p. 149). Ou seja, o poder disciplinar tem como regra punir tudo aquilo que seja um descumprimento às normas.

Nesse contexto, o castigo no sistema disciplinar tem como objetivo diminuir os desvios, diferente das punições do Judiciário da época (multas, açoite, masmorra), pois, nos sistemas disciplinares, a punição era com o aprendizado, sendo ele intensificado, multiplicado e, muitas vezes, repetido como forma de punição pela falta/desvio cometido.

A punição na disciplina é uma relação do bem e do mal, da gratificação e da sanção. Foi o que a sanção normalizadora fez: separou os indivíduos bons e maus; “através dessa microeconomia de uma penalidade perpétua, opera-se uma diferenciação que não é a dos atos, mas dos próprios indivíduos, de sua natureza, de suas virtualidades, de seu nível ou valor” (FOUCAULT, 1999, p. 151).

Os indivíduos são divididos e demarcados dentro do corpo social, com o objetivo de “marcar os desvios, hierarquizar as qualidades, as competências e as aptidões; mas também castigar e recompensar” (FOUCAULT, 1999, p. 151). O único modo de recompensa na disciplina é a promoção de lugares na sociedade, e a punição é o rebaixamento desses lugares. Em suma, as punições, no sistema disciplinar, põem em prática cinco operações diferenciadas,

[...] relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares e um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. Diferenciar os indivíduos em relação uns aos outros e em função dessa regra de conjunto – que se deve fazer funcionar como base mínima, como média a respeitar ou como o ótimo de que se deve chegar perto. Medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos de valor as capacidades, o nível, a “natureza” dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida “valorizadora”, a coação de uma conformidade a realizar. Enfim traçar o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira externa do anormal (a “classe vergonhosa” da Escola Militar). A penalidade

perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela *normaliza* (FOUCAULT, 2014b, p. 179-180).

Em 1793, Bentham configurou o projeto do *Panopticon*, que é a imagem arquitetônica dessa composição do poder disciplinar na Europa. Esse novo dispositivo organizava as unidades fazendo com que se pudesse ver sem parar, e que todos os indivíduos fossem reconhecidos imediatamente, ou seja, a luz e o olhar de um guarda seriam melhores de capturar do que como era antes nas sombras de uma masmorra; tudo ficaria visível. Pode-se ver esse sistema em todas as instituições da sociedade, como nas escolas, fábricas, quartéis e nas prisões. De acordo com Foucault em *Microfísica do Poder* (2015), o efeito desse projeto arquitetônico nos detentos é de uma espécie de vigiar permanente, ou seja, faz com que o poder disciplinar opere com a sua máxima potência. Esse projeto de Bentham seria uma máquina que sustenta as relações de poder, onde os próprios detentos, nos seus micropoderes e microespaços, conseguem vigiar uns aos outros.

A prisão surgiu fora do aparelho Judiciário; foi nesse processo em que se começou a adequação dos indivíduos, a classificá-los, formando um aparelho completo de observações de anotações, tirando deles o máximo de tempo e de suas forças, mantendo-os em observação contínua com o objetivo de torná-los úteis e dóceis para as instituições. Dessa maneira, criou-se a instituição-prisão, antes mesmo de a lei defini-la como meio de punição:

Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, “pena das sociedades civilizadas” (p. 223-224).

Até o fim do século 18 a prisão não foi considerada um castigo dentro do sistema penal. Essa introdução é datada do final do século 18, segundo o Código Criminal de 1767, mas demorou mais um tempo para ser instituída em outros países. Consoante Foucault (2014b), na França ainda foi necessário esperar até 1791 para que fosse formulado o princípio do encarceramento como punição.

A cadeia “desde o início foi uma ‘detenção legal’ encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal” (FOUCAULT, 1999, p. 196). Nada disso, entretanto, aconteceu. Desde 1820 já era verificado que a prisão, em vez de modificar os criminosos, só fazia com que piorassem.

Essa organização era habitualmente vista como um depósito de criminosos, onde as pessoas consideradas importunas eram colocadas. Nesse cenário foi constatada a necessidade de uma reforma das prisões, fazendo com que se tornassem um dispositivo de transformação de indivíduos, mas “o fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo em que o próprio projeto” (FOUCAULT, 2014b, p. 216). De acordo com o autor,

[...] a prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é “onidisciplinar”. Além disso, a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante. Enfim, ela dá um poder quase total sobre os detentos; tem seus mecanismos internos de repressão e de castigo: disciplina despótica. Leva à mais forte intensidade todos os processos que encontramos nos outros dispositivos de disciplina. Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total (p. 228).

O sistema, que hoje é conhecido como carcerário, causou uma grande ruptura no aspecto sociocultural do indivíduo. Segundo Foucault (2014a), após o indivíduo adentrar na rede de poderes dessa instituição, passou a ser visto como sujeito não merecedor de direitos, restando-lhe apenas a privação do convívio em sociedade. A utopia da ressocialização que, em tese, é um dos objetivos desse sistema, foi substituída pela produção da delinquência.

Nesse sentido, pode-se falar de uma série de excessos do encarceramento, tanto no sistema carcerário quanto no Judiciário, observáveis desde o seu nascimento. É possível notar isso nas violências desnecessárias dos guardas para com os detentos, sem falar do despotismo e dos privilégios encontrados nas quatro paredes de uma prisão. De acordo com Foucault (2014a), porém, a sua essência está no clamor de que a prisão seja “útil”, sob o fato de que a privação de liberdade realiza uma transformação nos sujeitos.

Para essa intervenção o aparelho carcerário investigou três grandes esquemas: “o esquema político-moral do isolamento individual e da hierarquia; o modelo econômico da força aplicada e um trabalho obrigatório; o modelo técnico-médico da cura e da normalização” (FOUCAULT, 2014a, p. 241). A fronteira em que a prisão transpassa a detenção é preenchida por técnicas disciplinares, e é esse acréscimo da disciplina com o Judiciário que é intitulado de penitenciário.

Nesse ínterim, Foucault (2014a) entende que o juiz surgiu como aplicador da pena e a prisão como local de execução da pena e, agora, ao mesmo tempo, local de observação dos sujeitos punidos, para que se conheçam cada um, seus comportamentos, suas melhorias ou pioras, posto que a prisão deve ser configurada como um local de formação de um saber clínico sobre o delinquente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sistema penitenciário a prisão não tem apenas de aplicar as decisões dos juízes, mas também inserir permanentemente no detento um saber que vai transformar uma medida penal em uma operação penitenciária, fazendo da pena sofrida pelo detento uma maneira de modificá-lo para ser útil à sociedade, ou seja, nessa nova maneira de pensar, segundo Foucault (2014b), o delinquente deve ser o indivíduo a ser conhecido. O aparelho penitenciário tira das mãos da justiça o indivíduo condenado e não se deve aplicar a ele uma infração, mas, sim, algo que difere das definições acerca do infrator, que foi observado anteriormente apenas em uma tecnologia corretiva: “Esse outro personagem, que o aparelho penitenciário coloca no lugar do infrator condenado, é o delinquente” (p. 245).

A diferença entre delinquente e infrator não está no ato ilícito que cometeu, mas na sua vida e no que o caracteriza. A penitenciária, nesse momento, passa a ser um mecanismo de reeducação para montar a vida do delinquente. Observando o criminoso em 1838, pode-se compreender que

[...] deve remontar não só às circunstâncias, mas às causas de seu crime; procurá-las na história de sua vida, sob o triplo ponto de vista da organização, da posição social e da educação, para conhecer e constatar as inclinações perigosas da primeira, as predisposições nocivas da segunda e os maus antecedentes da terceira. Esse inquérito biográfico é parte essencial da instrução judiciária para a classificação das penalidades antes de se tornar uma condição do sistema penitenciário para a classificação das moralidades. Deve acompanhar o detento do tribunal à prisão, onde o ofício do diretor é não somente recolher, mas também completar, controlar e retificar seus elementos no decorrer da detenção (LUCAS, Ch, 1838, p. 440-442 *apud* FOUCAULT, 2014b).

Nesse sentido, o criminoso pertence a uma nova tipologia, que é, ao mesmo tempo, natural e desviante, pois a delinquência, conforme Foucault (2014b), é vista como um desvio patológico de toda a espécie humana, o qual possibilita o surgimento de um novo saber que viabilizou a criminologia, propiciando um conhecimento positivo dos delinquentes, o que difere completamente da concepção jurídica das infrações.

Correlacionado ao sistema penitenciário, temos

[...] o delinquente, unidade biográfica, núcleo de “periculosidade”, representante de um tipo de anomalia. E se é verdade que à detenção privativa de liberdade que o direito definiria a prisão acrescentou o “suplemento” do penitenciário, este por sua vez introduziu um personagem a mais, que se meteu entre aquele que a lei condena e aquela que executa essa lei. Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do suplício, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do “delinquente”, pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objetivo do que ainda hoje se chama a ciência penitenciária. Dizem que a prisão fabrica delinquentes; é verdade que ela leva de novo, quase fatalmente, diante dos tribunais aqueles que lhe foram confiados. Mas ela os fabrica no outro sentido de que ela introduziu no jogo da lei e da infração, do juiz e do infrator, do condenado e do carrasco, a realidade incorpórea da delinquência que os liga uns aos outros e, há um século e meio, os paga todos juntos na mesma armadilha (p. 248).

Um modelo essencial da utilização da delinquência ocorreu no século 19, quando os operários sentiam um ódio gigantesco dos delinquentes. Esses sujeitos eram usados contra os operários nas políticas sociais para impedir que furassem greves. Os trabalhadores temiam que houvesse uma concorrência, que os malfeitores fizessem o mesmo trabalho por um preço mais baixo que o deles, arruinando os seus salários. Foucault (2014b) coloca em jogo uma hipótese importante: talvez esse ódio entre as duas classes tenha sido calculadamente pensado para que houvesse o efetivo funcionamento do sistema.

Foucault (2014b) aponta outra utilização ocorrida no século 19 com as campanhas de cristianização, que surgiram pregando a moralidade como forma de proteger as riquezas conquistadas com o suor do trabalho dos operários. Foi necessária uma constituição da moral, para, assim, separar os operários dos delinquentes, mostrando nitidamente o grupo de delin-

quentes como sendo perigosos para a sociedade, não apenas para os ricos, mas, agora, para os pobres também, “mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos” (p. 218).

A chamada literatura policial também foi responsável pela má-fama dos delinquentes, tanto que Foucault (2014b) menciona as páginas policiais onde eram encontradas narrativas e textos horríveis sobre os delinquentes. A partir de então, a prisão passou a ser vista como um dispositivo de recrutamento de delinquentes. No momento em que a pessoa entrava na prisão o mecanismo era acionado, e, quando saía, a delinquência era a única alternativa:

Em lugar de haver, como no século XVIII, bandos nômades que percorriam o campo e que frequentemente eram de grande selvageria, existe a partir daquele momento, este meio delinquente bem fechado, bem infiltrado pela polícia, meio essencialmente urbano e que é de uma utilidade política e econômica não negligenciável (p. 219).

De acordo com Foucault (2014b), no período compreendido entre os anos 1835 e 1840 ficou explícito que a prisão não procurava reeducar os delinquentes, tampouco torná-los honestos, mas, sim, apenas inseri-los em um lugar bem-definido, onde ficassem amontoados, rotulando-os para que posteriormente fossem considerados uma arma com fins econômicos e políticos. O plano, então, era não lhes ensinar absolutamente nada, para que quando saíssem da prisão não tivessem o que fazer de sua vida. Desse modo, o trabalho penal, que até então era considerado útil, serve como estratégia.

Fazem parte desse cenário o cinismo e a inteligência da burguesia do século 19, que pensou esse emaranhado de poderes em torno do delinquente. Consoante Foucault (2014b), a delinquência foi um sonho realizado no século 18. É impossível imaginar uma sociedade sem delinquência; sem ela nem a polícia teria motivo de existir. Nesse norte, “a delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia” (p. 225).

O que faz com que a população tolere a polícia é justamente a existência de criminosos. Esse é o único jeito de justificá-la, pois “[...] essa instituição tão recente e tão pesada que é a polícia não justifica senão por isso. Aceitamos entre nós essa gente de uniforme, armada, enquanto nós não temos esse direito, que nos pede documentos, que vem rondar nossas portas” (FOUCAULT, 2014b, p. 225).

Não houve no decorrer da história prisional um cronograma lógico de seus acontecimentos, apenas foi estabelecida a detenção, logo após o registro do seu desastre, tentativas de reforma e a constatação de seus sucessos ou fracassos. Afinal, “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta” (FOUCAULT, 1999, p. 221).

Comprovou-se, também, que a detenção causa reincidência. Após sair da prisão são grandes as proporções de retornar para ela. A maioria dos carcerários já foram detentos anteriormente. Foucault (2014b) aduz que o fracasso da prisão serviu como uma modalidade de gerir as ilegalidades, ou seja, a prisão não serviu para punição e, sim, para adestramento, porque toda a gestão das ilegalidades faz parte dos mecanismos de poder:

Essa produção da delinquência e seu investimento pelo aparelho penal devem ser tomados pelo que são: não resultados definitivos, mas táticas que se deslocam na medida em que nunca atingem inteiramente seu objetivo. O corte entre sua delinquência e as outras ilegalidades, o fato de que ela se tenha voltado contra elas, sua colonização pelas ilegalidades dominantes – outros tantos efeitos que aparecem claramente na maneira como funciona o sistema polícia-prisão – não cessaram, entretanto, de encontrar resistências; suscitaram lutas e provocaram reações (FOUCAULT, 1999, p. 236).

Desde a Idade Média a burguesia construiu três formas de controlar a máquina jurídica do Estado. Em primeiro lugar, eles apossaram-se dos cargos do aparato Judiciário, posteriormente foi necessário reger esses cargos, e por último, articular a prática de ilegalidade para que ela mesma pudesse também praticar, fazendo com que ocorresse o desequilíbrio do legalismo. O ilegalismo burguês, para Foucault (2015), não estava mais conseguindo conviver com o ilegalismo da população; então, foi a maneira mais inteligente de entrar para o Poder Judiciário e cometer as suas ilegalidades lá dentro.

A partir disso, segundo Foucault (2015), surgiram algumas consequências: a imputação de todas as formas de ilegalidades e daquele que praticava a ilegalidade, considerado agora inimigo social, diferente do delinquente no século 18, que não era considerado inimigo social porque fazia com que o sistema funcionasse; pode-se notar que o criminoso, como o indivíduo que rompe com o contrato social, foi reintegrado a essa definição da burguesia; outra decorrência foi a infiltração de vigilantes da burguesia no meio delinquente, com o objetivo de punir esses criminosos.

De acordo com Foucault (2015), desenvolveu-se nesse cenário, entre as classes da burguesia e o proletariado, o sistema penitenciário com o objetivo de ser um mecanismo de controle e preservação das relações de produção. O que a burguesia queria não era simplesmente eliminar a delinquência, mas organizar o mundo da delinquência utilizando dois instrumentos: o delinquente como inimigo social, não aquele que vai contra a lei, mas o indivíduo que está em guerra com cada membro da sociedade, e o instrumento prático mais conhecido: a prisão.

A reincidência foi percebida imediatamente, fazendo com que a prisão fosse entendida não somente como o lugar de enclausuramento de delinquentes, mas, também, como um sistema independente, no qual a delinquência seria confinada como um fenômeno social. Foucault (2015) entende que a conjunção entre a definição jurídico-penal de infrator como inimigo social e a definição do indivíduo a ser transformado, verifica-se em vários discursos que transformam a aplicação do sistema penitenciário do século 19 teoricamente aceitáveis.

Essa conjunção afirma, primeiramente, que todos os ilegalismos fazem parte, de maneira preferencial, de uma única classe social – a dos operários –, e em segundo lugar indica que os ilegalismos são um efeito dessa classe social, pois, para Foucault (2015), a mesma não está introduzida na sociedade, e, por último, o fato de os trabalhadores não concordarem com o pacto social é considerado uma espécie de delinquência primária, pois é uma parte da população que está mais próxima dos instintos primitivos da natureza. Esse atributo dado à classe dos operários como o instrumento privilegiado da transformação que o penitenciário pode fazer para a inclusão no pacto social, tornou aceitável a ordenação do sistema penal e penitenciário.

Um pouco mais adiante, com relação ao modo que as penas deveriam funcionar, percebe-se que elas eram diferentes das do século 18 e também de como os teóricos do mesmo século gostariam. No século 19 propõem-se uma pena que deveria agir sobre o próprio indivíduo para reeducá-lo:

Há, portanto, uma espécie de dualidade, essencial ao sistema penal como um todo: por um lado, o desenvolvimento da teoria de Beccaria, um discurso da penalidade pura, que só conhece a positividade da lei, e não a imoralidade do crime, só a universalidade da lei, e não a moralização dos indivíduos, só a inevitabilidade da lei, e não a correção dos indivíduos; por outro, misturada aos textos e às instituições, uma espécie de pesquisa que pretende corrigir, regenerar o indivíduo. Esses dois elementos são fundamentais no sistema penal, e, no ponto de articulação de ambos, está o lugar onde vai ocorrer o discurso da transcrição de um para o outro, uma espécie de discurso psicojurídico cuja função é retranscrever um termos de correção, regeneração e cura os elementos jurídicos da penalidade e, inversamente, recodificar as noções morais como categorias penais (FOUCAULT, 2015, p. 163-164).

Esse é um discurso que traz em si a criminologia, aquela que, consoante Foucault (2015), possibilita, de acordo com uma fala criminológica, reproduzir um saber jurídico-médico sobre aquele que a teoria penal chamou de inimigo social. Também possibilitou retratar a punição como uma readaptação social. Surgiu na criminologia uma espécie de tendência à delinquência. O indivíduo que tinha uma grande periculosidade social foi a maneira encontrada de codificar, de forma penal, uma categoria psicológica que não é de competência jurídica.

No entendimento de Foucault (2015), foi nesse momento que a criminologia solicitou que a punição não fosse de acordo com o delito e nem do que o sujeito era no momento do crime, pois, uma vez que a punição era considerada uma cura, a mesma só poderia terminar quando se tivesse certeza que a cura tivera sido encontrada:

O objeto das discussões de médicos e juízes por volta de 1815-1850, noção curiosa porque os médicos definem como monomania homicida uma doença que consiste em não apresentar nenhum outro sintoma além do de matar alguém. A sintomatologia se reduz àquilo que é codificado penalmente como homicídio. Tem-se aí um grau mais simples da transcrição. Crime nada mais é que doença. E, inversamente, a menos que o crime seja determinado por alguma razão designável, com a noção de monomania começa a elaborar-se essa transcrição do jurídico no médico, que vai dar ensejo à enorme proliferação do discurso criminológico (FOUCAULT, 2015, p. 164-165).

Essa mudança do sistema penal não diz respeito apenas à história dos corpos, quando a medicina entrou trazendo um conhecimento da normalidade dos corpos, ocupando o sistema penal e afirmando que a pena deveria ter como finalidade a cura, mas, sim, e principalmente, de uma história das relações de poder do político com os corpos. Essa opressão sob o sujeito, segundo Foucault (2015), o controle e a dominação que ele conseguia exercer, seriam necessários para criar uma análise e demonstrar como ele foi amplamente modificado em relação às suas formas anteriores datadas do século 19, juntamente com a criação das estruturas do poder estatal:

Uma nova *óptica*, para começar: órgão de vigilância generalizada e constante; tudo deve ser observado, visto, transmitido: organização de uma política; instituição de um sistema de arquivos (com fichas individuais); estabelecimento de um *panoptismo*. Uma nova *me-*

cânima: isolamento e reagrupamento dos indivíduos; localização dos corpos; utilização ideal das forças; controle e melhoria do rendimento; em suma, estabelecimento de toda uma *disciplina* da vida, do tempo, das energias. Uma nova *fisiologia*: definição das normas, exclusão e rejeição do que não se conforma a elas, mecanismo de restabelecimento de tais normas por meio de intervenções corretivas que, de maneira ambígua, são terapêuticas e punitivas (FOUCAULT, 2015, p. 238-239).

Nesse contexto, a delinquência exerce um papel de grande importância. É necessário entender, no entanto, que não se trata de delinquentes como uma espécie de sujeitos externos à sociedade, que recebem toda a opressão penal, e sim que é um “sistema acoplado penalidade-delinquente” (FOUCAULT, 2015, p. 239). O sistema penal com todos os seus mecanismos de controle, e principalmente a prisão na sua essência, “fabrica uma categoria de indivíduos que formam um circuito com ela: a prisão não corrige; ela chama incessantemente os mesmos de volta” (FOUCAULT, 2015, p. 239). Ou seja, ela cria uma parte da população como sendo marginalizada, que é usada como instrumento de opressão para os ilegalismos que a burguesia não conseguiu tolerar.

Essa repreensão realiza-se de três maneiras sobre os ilegalismos com a ajuda da delinquência: transformando aos poucos as ilegalidades em infrações penais, “em virtude de todo um jogo de exclusões e punições parapenais” (FOUCAULT, 2015, p. 239), ou melhor, leva o indivíduo ao jogo das indisciplinas; alista uma grande quantidade de delinquentes, policiais, como um instrumento de vigilância das irregularidades; e conduz a população a um entendimento de que é mais importante vigiar os criminosos; “é sempre mais fácil um pobre roubar que um rico” (FOUCAULT, 2015, p. 239).

Diante disso, Foucault (2015) conceitua que a prisão tem o privilégio de produzir a delinquência e que foi e ainda é um instrumento de opressão social, direcionada, principalmente, a uma classe específica da sociedade: a dos operários. Ela é um pedaço do quebra-cabeça do poder exercido sobre os corpos há muitos séculos; é um poder que desencadeou um grandioso saber sobre a psicologia do sujeito; o saber sobre quem é o delinquente fora do crime que cometeu.

5 REFERÊNCIAS

- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014a.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014b.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. Guilhaon Albuquerque. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014c.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1955.
- MACHADO, Roberto. *Ciência e saber: trajetória da arqueologia de Foucault*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.