Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 35, n. 2
ISSN (eletrônico) Nº 2447-8709

Editora-chefe: Prof. Pós-Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz de Assis.

Periodicidade: O volume anual é composto de dois números, com periodicidade semestral.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Bruna Monique Machado Simões, Érick de Freitas Mendes, Jéssica Yume Nagasaki, Letícia Aparecida Gonçalves Dias e Mariana Pereira Rodrigues.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;
Prof. Dr. António Castanheira Neves - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Prof. Dr. José Ignácio Martinez Estay - Universidad de los Andes;
Prof. Dr. José Lebre de Freitas - Universidade Nova de Lisboa;
Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Prof. Dr. Marcel Storme - Law Faculty of the University of Ghent (Bélgica);
Prof. Dr. Nicola Picardi - Universitàdegli Studi di Roma "La Sapienza";
Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;
Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Profª. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal);
Prof. Ms. Diego GermánMejía - Lemos – National University od Singapore, Faculty of Law, Singapur;
Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;
Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;
Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;
Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;
Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;
Prof. Dr. Jessé José Freir e de Souza – UFJF;
Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;
Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;
Profª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;

Profª. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;
Profª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;
Profª. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;
Profª. Dra.Samyra Haydê e Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE;
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.
Profª. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coordenadora da Coimbra Business School - ISCAC;
Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta, Portugal.

Pareceristas atuantes:

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira - UNESP
Ana Carolina Fernandes Mascarenhas – Faculdade Baiana de Direito e Gestão
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci - MACKENZIE
Ana Virginia Moreira Gomes - UNIFOR
Ancilla Caetano Galera Fuzishima – UFMS/CPTL
Andressa Soilo - UFRGS
Andreza de Socorro Pantoja de Oliveira Smith - UFPA
Bruna Estima Borba -UFPE
Carlos Alberto Simões de Tomaz – UVV
César Augusto - UFGD
Cícero Krupp da Luz – FDSM
Claudia Ribeiro Pereira Nunes - FAAR
Clovis Eduardo Malinverne da Silveira – UCS
Daniel Francisco Nagao Menezes - MACKENZIE
Dilson Cavalcanti Batista Neto - UNASP
Eliseu Raphael Venturi – UFPR
Elisiane Spencer Quevedo Goethel - UNESP
Fernanda Busanello Ferreira – UNIBRASIL
Fernando Amorim – Centro Universitário CESMAC
Gabriel Luis Bonora Ferreira - UEMS
Guilherme Perez Cabral - PUCCAMP
Jacson Roberto Cervi - URI
Jair Aparecido Cardoso – USP
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior - FIAETPP
João Martins Bertaso – Universidade Regional Integrada
José Alberto Antunes de Miranda - UNILASALLE
José Roberto Anselmo – ITE
Julio Moraes Oliveira - FAPAM
Larissa Satie Fuzishima Komuro - UFMS
Leonel Pires Ohlweiler – UNILASSALE

Livio Pera - Universidà degli Studi di Sassari
Lucas Catib de Laurentiis - PUCCAMP
Luís Cesar Souza de Queiroz - UERJ
Marcia Andrea Bühring – PUC/RS
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas - UFBA
Mônica Teresa Costa Sousa – UFMA
Nuno Coelho - USP
Osvaldo Ferreira de Carvalho – PUC-GO
Renata Alvares Gaspar – PUCCAMP
Renata Guimarães Franco - FUNORTE
Rosilene Paiva Marinho de Sousa - MACKENZIE
Sérgio Tibiriçá Amaral – ITE
Silvio Beltrameli Neto - UNESP
Tauã Lima Verdan Rangel – FAMESC
Thami Coratti Piaia - URI
Vanderlei Martins - UERJ
Vinicius Parolin Wohnrath - UNICAMP
Wagner Feloniuk – Centro Universitário Metodista
Wagner Wilson Deiró Gundim - MACKENZIE

Bibliotecária responsável: Zélia Nilva de Souza Chagas.

Missão: A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

Política de responsabilidade: O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

Política de livre acesso: Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença Creative Commons 3.0 (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

Indexação: Assembleia de Minas; Latindex; Portal de Periódicos; Sumários.org; DOAJ; Diadorim; Blook.

Correspondência: Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para revista@fdsm.edu.br. Endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas para a submissão de artigos:
Disponíveis em: http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php

Faculdade de Direito do Sul de Minas:
Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende
Vice-Diretor: Rafael Tadeu Simões
Fundador: Evaristo Toledo
Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende
Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho
Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

ISSN 1516-4551

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 2: 1-542, jul./dez. 2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 35, n. 2 (jan./jun. 2019).

Semestral 2008
ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05

EDITORIAL

O Editorial desta edição conta com a apresentação, feita por Maurício Pedroso Flores, ao texto *Violence and the word*, de Robert Cover, cuja tradução, também feita por Flores, faz-se presente, juntamente com outros artigos igualmente interessantes, neste nosso número.

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis

Violência e a palavra: **uma breve apresentação**

Maurício Pedroso Flores[1]

As trilhas abertas por *Violence and the word* (1986), um dos últimos textos publicados pelo jurista norte-americano Robert Cover (1943-1986), sugerem que havia muito mais a ser dito por ele. Sua prematura morte, com apenas 42 anos, veio a encontrá-lo justamente no período mais produtivo de sua carreira acadêmica, transformando em derradeiro legado o que despontava como um promissor começo. É difícil não se encantar com a obra de Cover sem, ao mesmo tempo, lamentar-se pelos trabalhos que jamais foram escritos.

Autor de três livros e de cerca de trinta textos menores, Cover se destacou especialmente pelo provocativo e inspirador ensaio *Nomos and narrative* (1983) – até hoje seu único texto traduzido para o português[2]. Esse ensaio apresenta, sem dúvidas, a elaboração teórica mais consistente de Cover, em que confluem uma série de estudos empreendidos pelo autor em áreas como a filosofia do direito, a sociologia, a antropologia, a teoria literária e os estudos sobre religião, mas sempre com vistas a compreender o direito em sua especificidade com relação aos demais campos do conhecimento. Como resultado dessas investigações, Cover desenvolve, em *Nomos and narrative*, a maior parte de seus conceitos mais influentes, como *nomos*, *jurisgenesis* e a função *jurispática* dos tribunais. Dessa forma, sua leitura é fortemente recomendada para se compreender com mais

---

[1] Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Autor de dissertação sobre Robert Cover: FLORES, Maurício Pedroso. *Um anarquista que amava o direito:* o pluralismo normativo de Robert Cover. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

[2] COVER, Robert. Nomos e narração. Tradução de Luis Rosenfield. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 187-268, 2016.

clareza boa parte das teses apresentadas no ora traduzido *Violence and the word*, que pode ser visto como o segundo grande marco da obra de Cover.

Enquanto *Nomos and narrative* convida à multiplicação de universos normativos para além dos domínios do direito estatal, *Violência e a palavra* ataca a naturalidade com que as teorias jurídicas legitimam o exercício da violência sob o manto da jurisdição. Enquanto o primeiro concentra-se no "direito como significado", como criação de mundos, o segundo volta-se para o "direito como poder", como potencial destruidor desses mesmos mundos. Cover assume aqui a tarefa de desvelar a relação entre o trabalho intelectual dos juízes e juízas e as consequências materiais que esse trabalho produz na realidade, explicitando o "limite trágico" imposto pela violência do direito a qualquer significado comum que se possa alcançar.

O pano de fundo é a atmosfera intelectual do direito norte-americano da época, pautada por um redescobrimento – ou talvez uma supervalorização – da dimensão interpretativa do direito. Ronald Dworkin acabara de escrever *O império do direito*, enquanto James Boyd White escrevera, no ano anterior, seu portentoso *Heracles' bow*. É certo que Cover não desmerece em momento algum a densidade teórica presente em ambas as obras; reconhece-se, inclusive, como alguém em débito com os estudos pioneiros de White sobre a relação entre direito e linguagem. Mas Cover não deixa de se preocupar com o fato de que esses autores constantemente atenuam, negligenciam ou mesmo ignoram a centralidade da violência do direito em suas análises.

Essa insatisfação com a literatura da época é mais perceptível em um ensaio anterior de Cover, transcrito a partir de uma conferência e intitulado *The bonds of constitutional interpretation: of the word, the deed, and the role* (1986). Nessa espécie de rascunho do que viria a ser *Violência e a palavra*, Cover assevera: "A prática da interpretação constitucional é tão inextrincavelmente ligada à ameaça real ou à prática de atos violentos que ela é – e deveria ser – uma disciplina essencialmente diferente da 'interpretação' na literatura e nas humanidades"[3].

Em razão dessa onipresença da violência, seja ela física ou epistêmica, o lugar central da interpretação jurídica na visão de Cover não é um texto, mas um campo de batalha. Trata-se de uma interpretação que "envolve instrumentos tanto da guerra como da poesia"[4]. Isso não deve significar o fim de qualquer aspiração constitucional de enfrentar a violência, mas apenas o fim das visões excessivamente românticas sobre o poder unificador da palavra judicial com base em uma comunhão de sentido. Nesse sentido, os estudos sobre interpretação

---

[3] COVER, Robert. The bonds of constitutional interpretation: of the word, the deed and the role. *Georgia Law Review*, Athens, v. 20, n. 4, p. 815-834, 1986, p. 816.

[4] *Ibid.*, p. 817.

podem certamente facilitar a compreensão que o julgador terá sobre os textos jurídicos e sociais pertinentes a cada caso, mas não convém, segundo Cover, exagerar em possíveis analogias entre o direito e as demais humanidades – é preciso sempre lembrar que o juiz mais fraco sempre disporá de uma violência maior do que a do poeta mais forte[5].

Coerente com essa visão, *Violência e a palavra* não procura salvação para o problema da violência no direito, mas também não recai em uma abordagem fatalista. Sua ideia central é justamente mostrar que qualquer tentativa de domesticar a violência do direito passa pelo reconhecimento de que a dor e a morte estão no centro de nosso mundo político e, consequentemente, do próprio direito[6]. Ou seja, não cabe alimentar ilusões sobre a força do direito *somente* enquanto significado, enquanto atividade mental de indivíduos intelectualmente privilegiados. Nenhum "Hyporcules" – como Cover ironicamente se refere ao modelo de juiz Hércules dworkiniano – pode, sozinho, carregar a violência do direito, uma vez que ela é coletiva, isto é, envolve toda uma complexa organização social formada por policiais, carcereiros, diretores prisionais e outros agentes públicos encarregados de transformar em ação a palavra judicial.

Cover afirmara, em *Nomos and narrative*, que a criação de significado jurídico envolve uma interpretação sobre o mundo, uma atitude de comprometimento em relação a ela e um consequente processo de objetivação dessa interpretação, que, por meio da ação de um determinado grupo, passa à condição de realidade objetiva para aqueles que estão ao redor. *Violência e a palavra* ressalta, por sua vez, a necessidade de que se coloquem "corpos à prova" – *bodies on the line*, na feliz expressão (embora de difícil tradução) utilizada por Cover – para a construção de universos normativos, ou seja, evidencia uma dimensão mais física do que mental presente nos atos que criam direito. Para tornar esse ponto mais claro, retomemos, uma vez mais, o ensaio *The bonds of constitutional interpretation...* (1986):

> No direito, ser um intérprete é ser uma força, um ator que cria efeitos mesmo através ou em face da violência. Hesitar diante do sofrimento ou da imposição de violência é entregar o direito para aqueles que estão dispostos a agir desse modo. O Estado é organizado para superar escrúpulo e medo. Todos os outros serão meros peticionários se não atacarem de volta (tradução nossa).[7]

---

5 COVER, Robert. Violence and the word. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 95, n. 1, p. 1601-1629, 1986, p. 1609.

6 *Ibid.*, p. 1628.

7 COVER, Robert. The bonds of constitutional interpretation: of the word, the deed and the role. *Georgia Law Review*, Athens, v. 20, n. 4, p. 815-834, 1986, p. 833.

Um dos papéis fundamentais que *Violência e a palavra* desempenha é justamente o de mostrar de que forma o Estado é organizado para superar "escrúpulo e medo" e de como todas as tentativas para "atacar a volta" têm de levar em conta esse fato: a começar pelo célebre exemplo da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, um ato de traição – como nos lembra Cover – sob a perspectiva do direito inglês vigente na época. Em poucas palavras, ou "a interpretação jurídica é jogada no campo de dor e morte, ou ela está aquém (ou além) do direito"[8].

Possivelmente em razão da identificação de um certo pessimismo em relação às possibilidades de um direito não violento, *Violência e a palavra* não foi tão aclamado por alguns dos comentadores de Cover. Algumas de suas teses foram recebidas com desconfiança, e houve até quem sugerisse que o autor caíra em contradição em relação a alguns pontos expostos em *Nomos and narrative*. Particularmente, não compartilho dessa última crítica e creio ser mais proveitoso – senão fundamental – pensar nos dois textos como a elaboração de uma tensão aparentemente irresolúvel no direito entre as sempre presentes e, não raro, contrárias esferas do significado e da violência.

Em ambos os textos, Cover concebe a sociedade como um espaço de criação constante de sentido, ou seja, de novos direitos; tanto a criação de novas interpretações para normas positivadas quanto visões de novas normas e de novos mundos jurídicos que postulam, constantemente, o *status* de direito – muitas vezes em contradição e em competição com o direito estatal. *Nomos and narrative* já estabelecia que não há direito incerto, mas sempre direitos em excesso, direitos demais, surgindo o tempo todo, restando a qualquer ordem jurídica a necessidade de destruir significados, de exercer a violência na interpretação, para seguir mantendo a sua identidade. A essa atividade, normalmente conduzida pelos tribunais estatais, Cover deu o nome de *jurispática*.

Violência e a palavra, como o próprio Cover explica, não é sobre a qualidade *jurispática* dos tribunais, mas sobre seu potencial homicida[9]. Sobre como juízes e juízas, por meio de seus entendimentos, acionam todo um sistema de cooperação capaz de levar a ações violentas em que "alguém perde sua liberdade, sua propriedade, seus filhos ou até mesmo sua vida"[10]. Mas essa capacidade de violência é, ironicamente, o que torna o direito possível na visão de Cover. Juízes e juízas sabem que eles próprios não colocam pessoas na prisão ou retiram filhos do con-

---

8 COVER, Robert. Violence and the word. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 95, n. 1, p. 1601-1629, 1986, p. 1606-1607.

9 *Ibid*., p. 1610.

10 COVER, Robert. Violence and the word. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 95, n. 1, p. 1601-1629, 1986, p. 1601.

vívio de um familiar. Eles proferem interpretações que contêm comandos a outras pessoas para que façam esse trabalho. Mas exatamente por isso elas não são meras interpretações sobre textos: estão carregadas pela ameaça de uma violência.

Violência e a palavra não parece aqui refutar o legado de *Nomos and narrative*: Cover jamais criara a expectativa de um mundo onde o direito não exercesse qualquer violência. Cover apenas imaginou um mundo onde o direito oficial fosse mais tolerante em relação a outros significados jurídicos criados por agentes não estatais – o que representa até hoje um passo enorme para a teoria do direito, que parece ainda não ter acomodado devidamente essa aspiração. Mas um mundo de tolerância absoluta só seria possível enquanto utopia; e utopia, como o próprio Cover nos lembra, não é direito. O direito permanece como o artefato social para organizar nossos espaços normativos, e, por vezes, evitar que eles convulsionem e se degradem em formas violentas; e isso, um tanto quanto paradoxalmente, sem abrir mão da possibilidade de servir-se ele próprio de violência.

Cover foi precursor na tarefa de imaginar um direito descentrado do Estado, mas sem recair no relativismo de uma abordagem estritamente sociológica do direito. *Violência e a palavra* ajuda, em parte, a explicar por que o autor jamais se autodenominou um pluralista jurídico, a despeito das enormes semelhanças que seu trabalho mantém com os autores dessa tradição. Um pluralista jurídico dos anos 1980 não teria escrito um texto como *Violência e a palavra*, em que a descrição sociológica das engrenagens jurídicas do Estado mistura-se com um reconhecimento de que tentativas de domesticação da violência via construção de regras secundárias constituem uma importante conquista histórica do sistema jurídico norte-americano.

Ler *Violência e a palavra* também nos ajuda a entender que *Nomos and narrative* não procurou alimentar ilusões de uma comunidade mundial de intérpretes resolvendo conflitos normativos inspirados por uma imaginação poética. Alguma medida de violência estará sempre envolvida, mesmo que não seja explicitada. Como ativista dos *Civil Rights* nos anos 1970, Cover vivenciou a transformação de um espaço normativo segregacionista por meio do conflito, da ação organizada de diversos atores sociais. A interpretação constitucional antissegregadora do movimento era o combustível para suas lutas, mas não era o suficiente diante da disposição que o Estado possuía de ir *além* da mera interpretação. O Estado estava pronto para agir em defesa de seu entendimento; o próprio Cover foi preso por agentes oficiais sob uma ordem judicial. Para ele, alimentar esperanças excessivas no direito como significado – como interpretação, como atividade mental, como persuasão racional – teria sido negar sua própria experiência.

Haveria e haverá muito mais a dizer sobre Cover: sua prodigiosa imaginação teórica, fruto do encontro de abordagens provenientes de vários campos do co-

nhecimento, foi capaz de articular uma série de conceitos que têm se revelado úteis para pensar a crise do direito contemporâneo, um direito ainda centrado nos Estados-nação e nas estruturas do direito internacional que assistem à ascensão paralela de ordens normativas transnacionais e outros fenômenos de criação normativa para além dos confins estatais. Mesmo sem ter presenciado muitos desses movimentos, que viriam a se intensificar somente nos anos 1990, a visão jurídica de Cover já parece extremamente consciente quanto às possibilidades de criação desses espaços. Não à toa, intelectuais que têm procurado compreender as dinâmicas do direito na globalização, como Paul Schiff Berman, Seyla Benhabib e Jeffrey Dunoff, têm se utilizado de suas categorias teóricas.

Sucessivas apropriações de sua obra registram o fato de que ler Cover hoje envolve muito mais do que satisfazer uma curiosidade histórica. Talvez justamente por não ter elaborado uma teoria sistemática, Cover ainda não foi "digerido" pela literatura jurídica. No momento em que escrevo essa apresentação, o Google Acadêmico contabiliza mais de 3.000 citações de *Nomos and narrative* e quase 2.000 citações de *Violência e a palavra*. Os números são significativos, é verdade. Mas arriscaria dizer que estamos apenas começando a explorar o potencial que esses e outros textos de Cover possuem – no Brasil, tenho certeza disso.

Espero que essa tradução – assim ocorreu com minha dissertação de mestrado – represente mais um impulso na direção de um redescobrimento da obra de Cover. O leitorado brasileiro terá agora a oportunidade de apreciar mais um texto seu em sua língua materna, podendo interpretá-lo, julgá-lo e eventualmente tomar partido sobre ele da forma que melhor entender. Embora dificultosa em certos momentos, estou certo de que a leitura será ao mesmo tempo instigante e prazerosa para aqueles que decidirem empreendê-la.

Por fim, é importante destacar que essa publicação não teria sido possível sem a autorização de Diane Cover, a quem agradeço imensamente pela gentil resposta a meu pedido. Agradeço também à Prof. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis, ao Prof. Cícero Krupp da Luz e ao Prof. Rafael Lazzarotto Simioni pela acolhida dessa tradução na *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, e ao Prof. José Rodrigo Rodriguez, meu orientador de mestrado e doutorado, profundo incentivador da obra de Robert Cover e, consequentemente, de meus estudos sobre ele.

A tradução tomou como base a versão do texto publicada no *Yale Law Journal*, preservando-se ao máximo a formatação original do texto, inclusive o estilo de referência bibliográfica adotado pelo autor.

São Leopoldo, 8 de abril de 2019.

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial III

Violência e a palavra 1
Violence and the word
Robert Cover

A Constituição brasileira de 1934: interfaces entre o direito e a história 35
The brazilian Constitution of 1934: interfaces between law and history
Paulo Sérgio da Silva

A duração razoável do processo: um estudo comparado do procedimento civil do estado da cidade do Vaticano e do ordenamento processual brasileiro 57
The reasonable duration of the process: a comparative study of the civil procedure of the state of the Vatican city and the brazilian procedural ordinance
Gabriel Henrique Hartmann ■ Renê Carlos Schubert Junior ■ Bianca Tams Diehl

Acesso à justiça nos juizados especiais cíveis como meio de obtenção do fornecimento de medicamentos: uma análise da judicialização em Juiz de Fora – MG 87
Access to justice in the small claim courts as a way of obtaining medicines supply: an analysis of the judicialization at Juiz de Fora – MG
Henrique Sabino de Oliveira ■ Lays Gomes Martins ■ Felipe Dutra Asensi

Ações afirmativas e o direito à educação no mundo rural: perspectivas contemporâneas 105
Affirmative actions and the right to education in the rural world: contemporary perspectives
Thaís Janaina Wenczenovicz ■ Eliziário Toledo

***Compliance* e planejamento sucessório: a governança corporativa familiar** ... 125
Compliance and succession planning: family corporate governance
Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho ■ Ricardo Alves de Lima

Crítica à violência de gênero perante a institucionalização de uma metateoria de direito fraterno 139
Criticism of the typology of gender violence and the institutionalization of a metatheory of fraternal law
André Leonardo Copetti Santos ■ Charlise Paula Colet Gimenez ■ Rosângela Angelin

Direito, desenvolvimento econômico e integração regional: a atuação do Focem na consecução do Mercosul humano e social 175
Right, economic development and regional integration: a Focem on the

implementation of human and social Mercosul
Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers ■ Luís Alexandre Carta Winter ■ Marco Antônio César Villatore

Educação em e para os direitos humanos e pedagogia crítica: direitos humanos são apenas para infratores penais? 193
Education in/and for human rights and critical pedagogy: are the human rights just for criminal offenders?
José Welington Cavalcante Rodrigues ■ Alexandre Magno Tavares da Silva

Estado de direito, *accountability* e mecanismos de controle do judiciário como formas de proteção de direitos fundamentais 207
State of law, accountability and mechanisms of judicial control as forms of protection of fundamental rights
Marcelo Antonio Theodoro ■ Vanderson Rafael Nascimento

European Court of Human Rights and private international law of European Union 227
Tribunal Europeo de Derechos Humanos y derecho internacional privado de la Unión Europea
Dimitris Liakopoulos

Executoriedade no Brasil das obrigações extrapecuniárias de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos 319
The enforcement of non-pecuniary obligations in judgments of the Inter-american Court of Human Rights in Brazil
Pedro Pulzatto Peruzzo ■ Ana Clara Rocha da Costa

Freedom and equality in John Rawls' theory of justice 345
Liberdade e igualdade na teoria da justiça de john rawls
Anna Paula Bagetti Zeifert ■ Daniel Rubens Cenci ■ Rodrigo Tonel

Liberalismo e republicanismo: dois fundamentos para a liberdade de expressão 361
Liberalism and republicanism: two foundations for free speech
Vitor Amaral Medrado

O direito humano à educação: uma abordagem do desenvolvimento em Amartya Sen 381
The human right to education: an approach to development in Amartya Sen
Liana Zerbielli Trentin Mallmann ■ Neuro Zambam

O *peep show* na Alemanha e a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais 397

The "peep show" in Germany and the possibility of renunciation of fundamental rights
Leonardo Simchen Trevisan ■ Danielle Antpack Bettim

O reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais pela comuna de Paris .. 425
The recognition and the effectiveness of the social rights during Paris commune
Raimundo José de Sales Júnior ■ Elias Jacob de Menezes Neto

Serendipidade e livre-arbítrio na era da informação digital..... 441
Serendipity and self-determination in the era of digital information
Charles Emmanuel Parchen ■ Cinthia O. A. Freitas ■ Antônio Carlos Efing

Tensões constitucionais sobre as comunidades tradicionais de fundo e fecho de pasto 463
Constitutional tensions on the pastures' bottom and closure traditional communities
Ana Carolina Amaral de Pontes ■ Wellington Cabral Saraiva

Teoria integrada da justiça e direito da mulher a uma vida livre de violência.... 483
Integrated theory of justice and the right of women to a free life of violence
Fernanda Morato da Silva Pereira ■ Juvêncio Borges Silva

Work, dignity and visibility: allocating people with disabilities in the framework of public services as means to induce the implementation of inclusive public policies..... 505
Trabalho, dignidade e visibilidade: a alocação das pessoas com deficiência nos quadros do funcionalismo público para a indução de comportamentos e efetivação de políticas públicas inclusivas
Bruno Martins Teixeira ■ Edilene Lôbo

VIOLÊNCIA E A PALAVRA

VIOLENCE AND THE WORD

Robert Cover*

Tradução de Maurício Pedroso Flores

ABSTRACT

Legal interpretation' takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred, or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it.

Key words: Legal interpretation; Violence; Translation.

---

* Professor Chancellor Kent de Direito e História do Direito, Universidade de Yale.

Há sempre lendas sobre aqueles que vieram primeiro, que chamaram as coisas por seus nomes certos e assim fundaram a cultura de significado em que nós, retardatários, nascemos. Charles Black tem sido uma dessas lendas, atravessando a paisagem do direito nomeando coisas e falando "com autoridade". E nós, que viemos depois dele, somos eternamente gratos.

Eu gostaria de agradecer a Harlon Dalton, Susan Koniak e Harry Wellington por terem lido e comentado os rascunhos desse ensaio. Algumas das ideias desse ensaio foram desenvolvidas anteriormente na Brown Lecture que apresentei na Georgia School of Law Conference on Interpretation em Março de 1986. Sou grato a Milner Ball, Avi Soifer, Richard Weisberg e James Boyd White pelos comentários feitos em resposta a essa conferência, que me ajudaram a retrabalhar as ideias aqui presentes.

Sou particularmente grato a meu assistente de verão, Tracy Fessenden, pela assistência de pesquisa, editorial e substancial da mais alta ordem.

RESUMO

A interpretação jurídica[1] tem lugar em um campo de dor e morte. Isso é verdadeiro em vários sentidos. Os atos de interpretação jurídica sinalizam e ocasionam a imposição de violência sobre outros: um juiz articula seu entendimento de um texto e, como resultado, alguém perde sua liberdade, sua propriedade, seus filhos ou até mesmo sua vida. As interpretações no direito também constituem justificativas para a violência que já ocorreu ou está prestes a ocorrer. Quando os intérpretes terminam seu trabalho, frequentemente deixam para trás vítimas cujas vidas foram despedaçadas por essas práticas, organizadas e sociais, de violência. Nem a interpretação jurídica, nem a violência que ela ocasiona, podem ser propriamente entendidas separadamente. Esse é um fato óbvio, embora a crescente literatura que argumenta a favor da centralidade das práticas de interpretação no direito tranquilamente o ignore.[2]

Palavras-chave: Interpretação jurídica; Violência; Tradução.

---

1 Usei o termo "interpretação jurídica" ao longo desse ensaio, embora meu argumento esteja direcionado principalmente aos atos de interpretação dos juízes. Minha análise da ação institucional se aplica com força especial a essa interpretação especificamente judicial. Não obstante, acredito que o termo mais geral "interpretação jurídica" é adequado, pois minha posição é a de que a violência que os juízes implementam enquanto instrumentos do Estado-nação moderno engaja necessariamente todos que interpretam o direito no curso de uma conduta que implica quer a perpetração, quer o sofrimento dessa violência.

2 Houve uma recente explosão de estudos jurídicos posicionando a interpretação no cerne da atividade jurídica. Uma boa amostragem desse trabalho pode ser vista nos vários artigos que apareceram em dois simpósios. *Symposium: Law and Literature*, 60 TEX. L. REV. 373 (1982); *Interpretation Symposium*, 58 S. CALIF. L. REV. 1 (1985) (publicado em duas edições). O forte interesse na "interpretação" ou na "hermenêutica" nos estudos jurídicos recentes é um fenômeno bastante diferente do conjunto tradicional de questões acerca de qual efeito deveria ser dado a uma palavra, frase ou instrumento particular em determinado contexto. Em vez disso, trata-se do estudo daquilo que chamei de "um universo normativo mantido por (...) compromissos interpretativos (...)". Cover, *The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 7 (1983). Ou, nas palavras de Ronald Dworkin, é o estudo do esforço de "impor *sentido* sobre a instituição (...) e então reestruturá-la à luz desse sentido". R. DWORKIN, LAW'S EMPIRE 47 (1986) (grifo original). Em *Law's Empire*, Dworkin escreveu a mais elaborada e sofisticada teoria do direito que posiciona a concessão de significado, ou seja, a dimensão construtiva da interpretação, no centro do direito. James Boyd White tem sido outra voz eloquente reivindicando a primazia daquilo que chama de "cultura do argumento". White levou a retórica ao topo da teoria do direito. Ver J. B. WHITE, WHEN WORDS LOSE THEIR MEANING (1984); J. B. WHITE, HERACLES' BOW (1985).

O lado violento do direito e sua conexão com a interpretação e a retórica é sistematicamente ignorado ou subestimado nos trabalhos de Dworkin e de White. No capítulo nove de *Heracles' Bow*, White até se aproxima das preocupações desse ensaio. Ele lança uma crítica à prática do direito penal nos termos de sua ininteligibilidade como "sistema de sentido" na ausência de reformas significativas. White não enxerga a violência como central para o colapso do sistema de sentido, mas ele contrasta aquilo que o juiz diz com aquilo que ele faz ao dizê-lo. Ainda assim, White reitera em seu livro sua posição central de que o "direito (...) é melhor compreendido não como uma máquina de controle social, mas como o que eu chamo de sistema de

I. INTRODUÇÃO: A VIOLÊNCIA DOS ATOS JURÍDICOS

Tomada por si só, a palavra "interpretação" pode ser enganosa. "Interpretação" sugere a construção social de uma realidade interpessoal por meio da linguagem. Já dor e morte possuem implicações bastante diversas. Na verdade, a dor e a morte destroem o mundo que a "interpretação" convoca. É evidente que a habilidade de construir realidades interpessoais é destruída pela morte. Mas, nesse caso, o que é verdadeiro em relação à morte também o é em relação à dor, pois esta destrói, entre outras coisas, a própria linguagem. A brilhante análise de Elaine Scarry sobre a dor mostra isso:

> [P]ara a pessoa que sofre a dor, "ter dor" é algo presente de forma tão incontestável e inegociável que pode ser visto como o exemplo mais vibrante do que significa "ter certeza", enquanto para a outra pessoa isso é tão indescritível que ouvir falar de dor pode representar um modelo básico sobre o que significa "ter dúvidas". Assim, a dor se apresenta como algo que não pode ser compartilhado em nosso meio, algo que, de uma vez só, não pode ser negado nem tampouco pode ser provado. O que a dor venha a alcançar, alcança em parte em razão de sua incapacidade de ser compartilhada, incapacidade em parte relacionada com sua resistência à linguagem (...) A dor prolongada não apenas resiste à linguagem como a destrói ativamente, acarretando uma regressão imediata a um estado anterior à linguagem, aos sons e gritos que um ser humano produz antes de aprender a linguagem.[3]

À imposição deliberada de dor que visa destruir o universo normativo da vítima e sua capacidade de criar realidades compartilhadas nós damos o nome de tortura. O interrogatório que faz parte da tortura, assinala Scarry, raramente

---

constituição retórica: um conjunto de recursos para reivindicar, resistir e declarar significado". *Id.*, 205. Eu não nego que o direito seja todas essas coisas que White afirma que é, mas eu insisto que o direito é todas essas coisas no contexto de uma prática social organizada de violência. E o "significado" ou sentido que é alcançado deve ser experimentado ou compreendido em formas muito distintas conforme alguém sofre ou não aquela violência. Em *Nomos and narrative*, eu também enfatizei o caráter construtor de mundos das comunidades interpretativas no direito. No entanto, o impulso presente em *Nomos* era de que a criação de significado jurídico é uma atividade essencialmente cultural localizada (ou *mais bem* localizada) entre grupos menores. Essa atividade de criação de significado não é naturalmente correspondente ao alcance da violência efetiva utilizada para fins de controle social. Portanto, na medida em que o direito é a tentativa de construir mundos futuros, sua tensão essencial se dá entre a elaboração de significado jurídico e o exercício de ou resistência à violência do controle social. Cover, *supra*, p. 18: "Há uma dicotomia radical entre a organização social do direito como poder e a organização do direito como sentido". Este ensaio aponta os sentidos pelos quais as formas tradicionais de decisão jurídica não podem ser facilmente capturadas, pela ideia de interpretação tal como normalmente entendida na literatura, nas artes e nas humanidades.

3 E. SCARRY, THE BODY IN PAIN 4 (1985).

é articulado para extrair informações. Mais comumente, o interrogatório do torturador é articulado para demonstrar o fim do universo normativo da vítima – o fim daquilo a que a vítima dá valor, o fim dos vínculos que constituem a comunidade sobre a qual os valores estão fundados. Scarry conclui então que, "ao forçar a confissão, os torturadores obrigam o prisioneiro a registrar e objetivar o fato de que a dor intensa é destruidora de mundos."[4] É por isso que os torturadores sempre exigem a traição – uma demonstração de que o mundo normativo imaterial da vítima foi esmagado pela realidade material da dor e de sua extensão, o medo.[5] Torturador e vítima acabam por criar seu próprio "mundo" tenebroso, mundo cujo significado deriva do fato de ter sido erguido sobre as cinzas de outro.[6] A lógica desse mundo é de completa dominação, embora seu objetivo possa não ser alcançado.

Sempre que o mundo normativo de uma comunidade sobrevive ao medo, à dor e à morte em suas formas mais extremas, essa sobrevivência é entendida como literalmente milagrosa tanto por aqueles que a experenciaram como por aqueles que imaginam ou recriam o sofrimento de forma vívida. Assim se escreveu sobre o sofrimento dos santos mártires católicos:

> Nós devemos incluir também (...) os feitos dos santos cujos triunfos resplandeceram sobre as várias formas de tortura a que foram submetidos e *suas maravilhosas confissões de fé*. Que católico pode duvidar de que eles tenham sofrido mais que qualquer

---

4 *Id.*, p. 29.

5 *Id.*

"A dor e o interrogatório ocorrem inevitavelmente juntos em parte porque o torturador e o prisioneiro os experimentam de maneira oposta. Dentro dessa simulação política, a mesma pergunta que importa tanto para o torturador, e que provoca sua brutalidade grotesca, importa pouco para o prisioneiro que experimenta a brutalidade, que acaba então fornecendo a resposta. Para os torturadores, o puro e simples fato do sofrimento humano torna-se invisível, e o fato moral de infligir esse sofrimento é tornado neutro pela urgência e importância fingidas da pergunta. Para o prisioneiro, o puro, simples e irresistível fato desse sofrimento tornará neutra e invisível a importância de qualquer questão assim como da importância do próprio mundo a que a pergunta se refere (...) É por essa razão que, enquanto o conteúdo da resposta do prisioneiro só as vezes importa ao regime, a forma da sua resposta, o próprio ato de responder, é sempre crucial. (...) [N]a confissão, a pessoa trai a si própria e a todos aqueles aspectos do mundo – amigos, família, país, causa – sobre o qual o seu Eu se sustenta."

Id. Enquanto a dor é uma forma extrema de destruição de mundos, o medo pode ser tão potente quanto ela, mesmo quando não ligado à dor física e à tortura. O ato de responder e a necessidade de "destruição de mundos" por meio da traição também eram centrais no reino de medo do macartismo. Ver, p. ex., V. NAVASKY, NAMING NAMES 346 (1980) (o informante destrói "a própria possibilidade de uma comunidade (...) na medida em que o informante opera de acordo com o princípio da traição e a comunidade sobrevive pelo princípio da confiança").

6 Sobre a "ficção de poder" criada pela tortura, ver E. SCARRY, *supra*, nota 3, p. 56-58.

> ser humano poderia suportar, e que não suportaram isso por suas próprias forças, mas sim pela graça e ajuda de Deus? (grifo nosso)[7]

E os judeus recordam, a cada ano, no *Yom Kippur* que:

> O Rabbi Akiba (...) escolheu continuar a ensinar a despeito do decreto [de proibição dos romanos]. Quando o conduziam ao carrasco, era hora de recitar a *Sh'ma*. Com pentes de ferro rasgavam sua pele enquanto ele recitava *Sh'ma Yisrael*, aceitando livremente o jugo do Reino de Deus. "Mesmo agora?" seus discípulos perguntaram. Ele respondeu: "Por toda minha vida estive preocupado com um verso: 'Ama a teu Senhor Deus com todo teu coração e toda tua alma', o que significa mesmo que Ele tome sua vida. Frequentemente me perguntei se poderia cumprir tal obrigação. E agora posso". Ele deixou o mundo enquanto proferia: "O Senhor é Uno".[8]

Apesar de sua estranheza em relação ao mundo secular do direito norte-americano contemporâneo, o martírio é um ponto de partida propício para compreender a natureza da interpretação jurídica. Precisamente por ser um fenômeno tão extremo, o martírio nos ajuda a ver o que está presente em menor grau sempre que a interpretação é acompanhada da prática de dominação violenta. Em face de uma força esmagadora, os mártires insistem em que, se a vida há de continuar, não será nos termos da lei do tirano. O direito é a projeção de um futuro imaginado sobre a realidade. Os mártires reivindicam que qualquer futuro que venham a possuir será nos termos da lei com a qual estão comprometidos (a lei de Deus). E o milagre do sofrimento dos mártires é sua insistência na lei com a qual estão comprometidos, mesmo em face de uma dor destruidora de mundos.[9] Seu triunfo – que pode muito bem ser, em parte, imaginário – é o triunfo imaginado do mundo normativo – da Torá, do Nomos – sobre o mundo

---

7 P. BROWN, THE CULT OF THE SAINTS 79 (1981) (citado a partir do DECRETUM GEI. ASIANUM, PATROLOGIA LATINA 59.171).

8 A citação provém do tradicional Eilch Ezkerah ou culto aos mártires do Yom Kippur. Citei a partir da tradução utilizada em MAHZOR FOR ROSH HASHANAH AND YOM KIPPUR, A PRAYER BOOK FOR THE DAYS OF AWE 555-57 (J. Harlow ed. 1972).

9 A palavra "mártir" deriva do radical grego *martys*, "testemunha", e do radical ariano *smer*, "lembrar". O martírio funciona como uma *re*-memoração quando o mártir, no ato de testemunhar, sacrifica-se em nome do universo normativo que é então reconstituído, regenerado ou recriado. Uma das primeiras fontes a tratar o martírio como um fenômeno religioso, Macabeus 2, enfatiza como característica do fenômeno a insistência na integridade da Lei do mártir e da obrigação em relação a ela em face de uma violência avassaladora. Em certo ponto, o livro descreve a horrível tortura e assassinato de sete filhos diante dos olhos da mãe deles, cada morte mais terrível que a anterior. O último e mais novo filho, encorajado por sua mãe, responde à exigência do Rei de comer porco com as seguintes palavras: "Eu não me submeterei ao comando do Rei; obedecerei ao comando da lei dada por Moisés a nossos ancestrais". MACABEUS, 2, 7.30.

material de morte e dor.[10] O martírio é uma forma extrema de resistência à dominação. Como tal, recorda-nos que a construção de mundos normativos constitutiva da "Lei" nunca é somente um ato mental ou espiritual. Um mundo jurídico é construído somente na medida em que existam compromissos que coloquem os corpos à prova. A tortura do mártir é uma forma extrema e repulsiva da violência organizada das instituições. Ela nos faz recordar que os compromissos interpretativos dos agentes públicos têm efeito, de fato, sobre a própria carne. Sendo assim, os compromissos interpretativos de uma comunidade que resiste ao direito oficial também devem se dar sobre a carne, mesmo que seja a carne de seus próprios partidários.

Mas o martírio não é a única reação possível para um grupo que falhou em ajustar-se ou em aceitar a dominação em um espaço físico compartilhado. A rebelião e a revolução são reações alternativas quando as circunstâncias tornam tais atos factíveis e quando existe uma disposição não apenas para morrer, mas também para matar em nome de um entendimento sobre um futuro normativo distinto ao do poder dominante.[11]

Nossa própria história constitucional começa com um ato de rebelião semelhante. Esse ato era, formalmente, um ensaio sobre interpretação constitucional que afirmava o direito de independência política em relação à Grã-Bretanha:

> Nós que aqui representamos os Estados Unidos da América reunidos no Congresso Geral, apelando ao juízo supremo do mundo pela retidão de nossas intenções, em nome e sob a autoridade do bom povo dessas colônias, solenemente tornamos público e declaramos que essas Colônias Unidas são e, por direito, devem ser, estados livres e independentes; que estão absolvidas de toda lealdade em relação à coroa britânica, e que

---

[10] Em casos extremos, o martírio pode ser procurado de maneira afirmativa, como prova final da capacidade do espírito de triunfar sobre o corpo. Esse triunfo pode ser visto como um triunfo do amor, da lei, ou de ambos, dependendo dos temas dominantes do mundo normativo e religioso do mártir e de sua comunidade. O grande jurista e místico Joseph Karo (1488-1578) teve sonhos extáticos de martírio, recebendo a promessa de ter o privilégio de morrer como mártir, dada por um *maggid* – um mensageiro celestial que falou através de sua boca e lhe apareceu em visões (A promessa não foi cumprida, pois ele morreu por conta de sua idade avançada). Ver Z. WERBLOWSKI, JOSEPH KARO: LAWYER AND MYSTIC, p. 151-54 (2d ed. 1977). Notemos também o fenômeno de comunidades que se autodestroem diante de um inimigo. Comparemos o complexo mito dos judeus mártires diante dos crusados, elaborado em S. SPIEGEL, THE LAST TRIAL: ON THE LEGENDS AND LORE OF THE COMMAND TO ABRAHAM TO OFFER ISSAC: AS A SACRIFICE: THE AKEDAH (J. Goldin trans. 1969) com o mito da Noite Branca representado por Jonestown nos nossos dias, recontado em J. SMITH, IMAGINING RELIGION: FROM BABYLON TO JONESTOWN, p. 102-20; 126-34 (1982).

[11] O arquétipo da transição do martírio para a resistência se encontra em Macabeus, Livro Primeiro, com a trágica matança executada pelo Sacerdote Matías em Modi'in. 1 MACCABEUS 2, 19-28. Seu ato assume um significado dramático no texto em parte porque contrasta fortemente com os atos de martírio heroico descritos no Livro Segundo. Ver *supra*, nota 9.

> toda conexão política entre elas e o Estado da Grã-Bretanha estão, e devem ser, totalmente dissolvidas.[12]

Mas esse ato interpretativo também incorporou um alerta sobre o risco de dor e morte que acompanha interpretações tão importantes:

> Nos comprometemos mutuamente em relação a nossas vidas, nossas fortunas e nossa honra sagrada.[13]

Vida, fortuna e honra sagrada seriam, é claro, precisamente o preço que os conspiradores teriam a pagar caso sua ação fracassasse. Com frequência, nós também esquecemos que os líderes da rebelião cometeram uma traição sob a perspectiva constitucional inglesa, e que a condenação por traição trazia consigo uma morte terrível e degradante, a perda de propriedade e a corrupção do sangue.[14] Grandes controvérsias sobre interpretação constitucional que refletem questões fundamentais de fidelidade política – a Revolução Americana, a secessão dos Estados Confederados ou a revolta dos Índios das Planícies – claramente carregam as sementes da violência (dor e morte), ao menos no momento em que a compreensão dos textos políticos incorpora-se à capacidade institucional de levar ações coletivas a cabo. Mas é precisamente essa incorporação de uma compreensão de um texto político em modos institucionais de ação que distingue a interpretação jurídica da interpretação literária, da filosofia política e da crítica constitucional.[15] Ou a interpretação jurídica é jogada no campo de dor e morte, ou ela está aquém (ou além) do direito.

---

12 Declaração de Independência (1776). Para os sentidos em que a Declaração poderia ser vista como interpretando a posição constitucional da América em relação ao Império, ver Black, *The Constitution of Empire: The Case for the Colonists*, 124 U. PA. L. REV. 1157 (1976).

13 Declaração de Independência (1776).

14 Ver IV BLACKSTONE'S COMMENTARIES *92-93:

"A punição por alta traição em geral é bastante solene e terrível. 1. O infrator é arrastado até a forca, não sendo carregado e nem podendo caminhar; ainda que usualmente (por piedade, incluída na lei por razões humanitárias, depois de um longo amadurecimento) se permita um trenó ou uma barreira para preservar o infrator do tormento extremo que é ser arrastado pelo chão ou pelo pavimento. 2. É pendurado pelo pescoço, e então esquartejado vivo. 3. Suas entranhas são retiradas e queimadas enquanto ele ainda está vivo. 4. Sua cabeça é cortada. 5. Seu corpo é divido em quatro partes. 6. Sua cabeça e suas partes são postas à disposição do rei".

A respeito da perda de propriedade e corrupção do sangue, ver *id*. *388-96. Não é de se estranhar, portanto, que, entre as poucas proteções específicas incorporadas à Constituição original, estavam aquelas que definem minuciosamente a traição, estabelecem garantias procedimentais para os condenados por traição e proíbem a extensão da desonra e a corrupção do sangue como punições indiretas sobre a família ou os descendentes daqueles condenados por traição.

15 Toda prática interpretativa tem lugar em algum contexto. Entre os críticos recentes, Stanley Fish tem sido insistente como ninguém a respeito da predominância dos contextos institucionais,

Entendimentos constitucionais revolucionários são comumente firmados em sangue. Neles, a violência do direito assume sua forma mais flagrante. Mas a relação entre intepretação jurídica e imposição de dor também é efetiva nos atos legais mais rotineiros. O ato de sentenciar um réu culpado está entre os atos mais rotineiros que os juízes realizam.[16] Ainda assim, é imensamente revelador o modo como a interpretação é marcada de forma distinta pela violência. Em primeiro lugar, examinemos o acontecimento do ponto de vista do acusado. O mundo do acusado encontra-se ameaçado. Mas ele se senta, geralmente calado, como se estivesse engajado em um discurso civilizado. Se condenado, o réu habitualmente caminha sob escolta até o confinamento prolongado, geralmente sem perturbar significativamente a aparência civilizada da ocasião. Obviamente, é grotesco pressupor que a fachada de civilização é "voluntária", exceto no sentido de que ela representa o reconhecimento autônomo, por parte do réu, da esmagadora manifestação de violência ordenada contra ele e da impossibilidade de resistir ou protestar.[17]

---

mesmo na compreensão de textos literários. Ver, *em termos gerais,* S. FISH, Is THERE A TEXT IN THIS CLASS? (1980); Fish, Fish v. Fiss, 36 STAN. L. REV. 1325, 1332 (1984) ("Estar (...) 'profundamente dentro' de um contexto é estar sempre pensando (e percebendo) de acordo e dentro das normas, standards, definições, hábitos e objetivos implícitos que tanto definem como são definidos por esse contexto."). Eu não desejo disputar o argumento central de Fish sobre a literatura. No entanto, penso que as instituições desenhadas para realizar futuros normativos em parte por meio da prática de violência coletiva encontram-se em uma posição um tanto diferente daquelas que comportam uma relação apenas remota ou incidental com a violência da sociedade. Estou disposto a acolher visões como a de Fredric Jameson, que argumenta pela "prioridade da interpretação política dos textos literários". F. JAMESON, THE POLITICAL UNCONSCIOUS: NARRATIVE AS A SOCIALLY SYMBOLIC ACT 17 (1981). Mas enquanto reivindicam uma posição especial à compreensão política da nossa realidade social, tais visões de forma alguma afirmam sobre as interpretações literárias o que estou afirmando sobre a interpretação jurídica – que ela é parte da *prática* de violência política.

16 Utilizei o direito penal como exemplo ao longo desse ensaio por uma simples razão. A violência do direito penal é relativamente direta. Se meu argumento não for persuasivo nesse contexto, o será menos na maior parte dos outros contextos. Aceitaria argumentar que todo o direito relativo à propriedade, seu uso e sua proteção, tem uma base similarmente violenta. Mas em muitas – talvez na maioria – das transações legais visíveis relativas a direitos de propriedade, essa base violenta não está imediatamente em debate. Meu argumento não requer, eu acredito, que toda ocorrência interpretativa no direito tem o tipo de impacto violento direto sobre seus participantes que o direito penal tem. É suficiente notar que, quando pessoas se importam apaixonadamente com os resultados pretendidos e estão preparadas para agir em seu interesse, os oficiais da lei do Estado-nação estão geralmente dispostos e aptos a usar sanções tanto penais como de violência civil para controlar suas condutas.

17 Poucos acusados que alcançaram seu entendimento próprio sobre a ordem jurídica tentaram abertamente negar a ficção de que o julgamento é um ato civil coletivo ou comunitário em que interpretações sobre fatos e conceitos jurídicos são testados e refinados. Adotar um curso de ação tão aberto termina com o acusado sendo fisicamente contido e silenciado. Bobby Seale ensinou aos que viveram durante os anos 1960 que o controle físico do tribunal sobre o corpo do acusado encontra-se no centro do processo penal. A "conduta civilizada" do acusado, portanto, jamais significa um entendimento comum sobre a ocasião; pode, sim, significar seu

Existem sociedades onde o arrependimento ou a vergonha controlam em maior grau o comportamento dos acusados do que a violência. Tais sociedades exigem e têm recebido formas próprias de análise.[18] Mas eu penso ser inquestionável o fato de que, nos Estados Unidos, a maioria dos prisioneiros caminha em direção à prisão porque eles sabem que serão arrastados ou espancados até ela se não o fizerem. Eles não juntam forças contra serem arrastados pois sabem que, se promoverem uma batalha desse tipo, perderão, muito provavelmente, suas próprias vidas.

Se posso ter mostrado algum tipo de simpatia em relação às vítimas dessa violência, trata-se de um engano. Com grande frequência, o equilíbrio de terror é, nesse tipo de situação, justamente como eu queria que fosse. Não espero, porém, que façamos de conta de que convencemos nossos prisioneiros a irem até a prisão por meio de palavras. As "interpretações" ou "conversações" que são pré-condições para o encarceramento violento são, elas próprias, instrumentos de violência. Tornar esse fato obscuro é exatamente análogo a ignorar os gritos de fundo ou os instrumentos de tortura visíveis no interrogatório de um inquisidor. A experiência do prisioneiro é, desde o princípio, a experiência de ser violentamente dominado, marcada desde o início pelo medo de ser violentamente tratado.[19]

A violência presente no ato de sentenciar é mais evidente quando observada da perspectiva do acusado. Dessa forma, qualquer versão que trate de minimizar a violência, ou de elevar o caráter interpretativo ou significativo do acontecimento dentro de uma comunidade de valores compartilhados, tenderá a ignorar o réu ou prisioneiro e a focar no juiz e no ato interpretativo judicial. Começando por categorias interpretativas amplas como "culpa" ou "punição", cria-se todo um significado para que o juiz justifique, a si próprio e aos outros, seu papel nos atos de violência. Não desejo minimizar aqui a significância das funções ideológicas do direito. Mas a função da ideologia que consiste em justificar a ordem para aqueles que dela se beneficiam e que precisam defendê-la é

---

medo de que qualquer manifestação pública sua interpretando a ocasião como uma "besteira" terminará com a perpetração de violência contra ele, de imposição de dor sobre ele. Nosso direito constitucional, naturalmente, prevê o uso calibrado de graus ascendentes de violência manifesta para manter a "ordem" do julgamento. Ver, p. ex., Illinois *v.* Allen, 397 U.S. 337 (1970); Tigar, *The Supreme Court, 1969 Term-Foreword:Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel*, 84 HARV. L. REV. 1, 1-3, 10-11 (1970) (comentando em parte o caso *Allen*).

18 Sobre a distinção entre "culturas da vergonha" e "culturas da culpa", ver, *em termos gerais*, E. DODDS, THE GREEKS AND THE IRRATIONAL (1951), e J. REDFIELD, NATURE AND CULTURE IN THE ILIAD (1975). Para uma análise moderna de uma "cultura da vergonha", ver R. BENEDICT, THE CHRYSANTHEMUM AND THE SWORD: PATTERNS OF JAPANESE CULTURE (1946).

19 Esse argumento e outros bastante similares aparecem rotineiramente na literatura saída de dentro das prisões. Ver, p. ex., E. CLEAVER, SOUL ON ICE 128-30 (1968); J. WASHINGTON, A BRIGHT SPOT IN THE YARD: NOTES & STORIES FROM A PRISON JOURNAL 5 (1981).

muito mais significativa do que a de esconder a natureza de tal ordem daqueles que são suas vítimas.

A ideologia da punição certamente não é propriedade exclusiva dos juízes. Esse conceito opera na cultura em geral e é inteligível e compartilhado tanto por prisioneiros, criminosos e revolucionários como por juízes. Por que então não deveríamos concluir que a interpretação *é* o conceito principal do direito, e que a tarefa interpretativa de compreender a "punição" pode ser vista como algo mediando ou dando conta dos atos e experiências opostos do juiz e do acusado no processo penal? Naturalmente, quem vai ser punido deve ser coagido. E a punição, se for "justa", supostamente legitima a coerção ou violência aplicada. A ideologia da punição pode, então, operar de forma bem-sucedida, a fim de justificar nossas práticas de direito penal a nós mesmos e, possivelmente, também àqueles que serão ou podem ser "punidos" pelo direito.

Existe, contudo, uma diferença fundamental entre a maneira pela qual a "punição" opera como ideologia na literatura popular ou profissional, no debate político e no discurso geral, e a maneira pela qual opera no contexto dos atos processuais legais, na imposição da sentença e na execução penal. Pois quando um juiz interpreta utilizando o conceito de punição, ele também atua – por meio de outras pessoas – de modo a conter, ferir, tornar indefeso ou até matar o prisioneiro. Assim, o sentido comum presente em qualquer comunhão que a interpretação puder ou não atingir é destruído pelas experiências divergentes que o constituem. Do mesmo modo que torturador e vítima alcançam um mundo "compartilhado" apenas em virtude de suas experiências diametralmente opostas, juiz e prisioneiro também compreendem a "punição" por meio de experiências diametralmente opostas sobre o ato de punir. Em última análise, é irrelevante se o torturador e sua vítima compartilham uma visão teórica comum sobre as justificativas da tortura fora do lugar onde ela acontece. Eles ainda podem chegar à confissão de maneiras distintas: de um lado, destruindo; do outro, sendo destruído. De forma semelhante, se o juiz e o prisioneiro compartilham ou não a mesma filosofia sobre a punição, eles chegam ao ato particular de punição respectivamente dominando e sendo dominados pela violência.

II. OS ATOS DOS JUÍZES: INTERPRETAÇÕES, AÇÕES E PAPÉIS

Comecemos então não com aquilo que os juízes dizem, mas com aquilo que eles fazem.

Os juízes distribuem dor e morte.

Isso não é tudo que eles fazem. Talvez não seja o que geralmente fazem. Mas eles distribuem, sim, dor e morte. De John Winthrop a Warren Burger, eles se sentaram sobre uma pirâmide de violência, distribuindo...

Nisso eles diferem dos poetas, dos críticos e dos artistas. Não adianta insistir na violência da poesia forte, dos poetas fortes. Mesmo a violência dos juízes mais fracos é totalmente real – uma realidade simples, mas imediata, que prescinde de interpretação ou crítica para ser revelada.[20] Todo prisioneiro carrega a marca dessa violência. O ponto agora não é se a violência dos juízes é justificada, mas que ela de fato existe e é distinta da violência existente na literatura ou nas caracterizações metafóricas de críticos literários e filósofos. Escrevi em outra oportunidade que os juízes estatais são jurispáticos – que eles eliminam as diversas tradições jurídicas que competem com o Estado.[21] Aqui, no entanto, não estou escrevendo sobre a qualidade jurispática do ofício, mas sobre seu potencial homicida.[22]

---

[20] Sobre a violência que os poetas fortes exercem sobre seus ancestrais literários, ver H. BLOOM, THE ANXIETY OF INFLUENCE (1973), H. BLOOM, THE BREAKING OF THE VESSELS (1982), e boa parte dos trabalhos de Bloom desde *Anxiety.* Os juízes, como todos os leitores e escritores de texto, exercem violência sobre seus antepassados literários – melhor dizendo, judiciais. Para uma interessante aplicação da tese central de Bloom ao direito, ver D. Cole, *Agon and Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition,* 95 YALE L.J. 857 (1986). Cole reconhece que a conexão do direito com a violência distingue a interpretação jurídica da literária, embora infelizmente não desenvolva esse ponto. *Id.*, p. 904.

A ansiedade da influência jurídica foi declarada de forma apta e satisfatória um pouco antes por Learned Hand em seu tributo a Cardozo, *Mr. Justice Cardozo,* 39 COLUM. L. REV. 9 (1939). Meu ponto aqui não é o de que os juízes não produzem o tipo de violência figurada que os poetas produzem a seus pares literários, mas de que eles executam – além disso – uma forma muito mais literal de violência através de suas intepretações, forma essa que os poetas não compartilham. É algo significativo e frequentemente referido que a conexão imediata entre juiz e violência da punição mudou ao longo dos séculos. Ver, *e.g.,* M. FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON (Tradução A. Sheridan, 1977). Nos Estados Unidos de hoje, certamente a responsabilidade óbvia do juiz pela violência da punição requer uma apreciação – que todos que vivem nessa sociedade adquirem – da forma de ação organizacional. Nesse sentido, uma realidade "simples" não deve ser tomada como muito significativa. Não é necessária nenhuma sofisticação para compreender a violência de julgar, mas também não é uma forma simples de violência como seria se os juízes executassem suas próprias sentenças. Sobre as implicações desse ponto, ver *infra* p. 1626-27.

[21] Cover, *supra*, nota 2, p. 40-44.

[22] A violência dos juízes e agentes públicos de uma ordem constitucional posta geralmente é entendida como implícita na prática do direito e do governo. A violência é tão intrínseca a essa atividade, tão dada como certa, que sequer precisa ser mencionada. Leia-se a Constituição, por exemplo. Em nenhum lugar ela estabelece, como princípio geral, o óbvio – que o governo que ela ordena e estabelece tem o poder de praticar violência contra seus cidadãos. Essa proposição geral não precisa ser estabelecida, pois está subentendida na própria ideia de governo. Também se encontra, é claro, diretamente implícita em muitos dos poderes específicos garantidos ao governo em geral ou a algum órgão ou agente específico. Por exemplo, U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 1 ("Poder de decretar e coletar impostos (...) e promover a Defesa comum"); *id.,* cl. 6 ("Promover a punição de falsificadores"); *id.,* cl. 10 ("Definir e punir atos de pirataria"); *id.,* cl. 11 ("Declarar guerra"); *id.,* cl. 15 ("Dispor sobre a convocação de milícias a fim de executar o direito da União, suprimir insurreições e repelir invasões"); *id.,* art. IV, § 2, cls. 2-3 (obrigação de entregar fugitivos da justiça e do cumprimento de serviços em outros estados).

A ênfase dual sobre os atos dos juízes e sobre a violência desses atos leva a considerar três características da dimensão interpretativa do comportamento judicial. A intepretação jurídica é (1) uma atividade prática, (2) desenhada para gerar ameaças críveis e atos reais de violência (3) de maneira efetiva. De modo a explorar a conexão inseparável entre interpretação jurídica e violência, cada um desses três elementos deve ser examinado separadamente.

A. Interpretação jurídica como uma atividade prática

A interpretação jurídica é uma forma de conhecimento prático.[23] Em sua melhor forma, trata-se de "impor sentido sobre a instituição (...) e então reestruturá-la à luz desse sentido".[24] Existe, porém, uma lacuna permanente entre pen-

---

[23] Sobre conhecimento prático, ver ARISTÓTELES, ÉTICA A NICÔMACO, 1140a(24) a 1140b(30).

[24] R. DWORKIN, *supra* nota 2, p. 47. A obra de Dworkin, celebrando o que ele chama de "integridade" ou interpretação coerente e consistente, insere-se em uma longa tradição de trabalhos que desenvolvem o *insight* fundamental de Aristóteles acerca da natureza da deliberação. Aristóteles designou o vasto campo da deliberação normativa, constitutiva da interpretação jurídica, como conhecimento prático ou *phronesis*, distinguindo-o do conhecimento especulativo. ARISTÓTELES, *supra*, nota 23, 1139b(14) a 1140b(30). Sobre a *phronesis,* ver também H. ARENDT, WILLING, p. 59-62 (1977). O conhecimento prático, de acordo com Aristóteles, é uma forma de entendimento aplicado: ao contrário do conhecimento científico, não consiste em verdades preexistentes. Ele envolve deliberação – uma atividade que não possui sentido em relação à verdade lógica. A deliberação se ocupa da relevância de entendimentos que se sucedem por meio de uma "descoberta" reflexiva do que ficou implícito em entendimentos passados. O conhecimento técnico também possui um caráter aplicado, mas o conhecimento prático, por estar em uma esfera normativa, não pode ser medido por um padrão exterior como a utilidade, uma vez que consiste na aplicação da razão à constituição do ser.

Hans Georg Gadamer elevou tais características do conhecimento prático ao lugar central do que chamou de "ciências humanas". H. GADAMER, TRUTH AND METHOD p. 5-10 *passim*. (G. Barden & J. Cumming eds. 2d ed. 1975). Gadamer sustenta que o exemplo mais claro destes atos interpessoais e construtivos de entendimento – hermenêutica ou interpretações – é o que ele chamou de "dogmática jurídica". O projeto de Gadamer pode ser entendido, em certa medida, como uma tentativa de compreender todo o entendimento humano em termos de *phronesis*; ou seja, tomar a categoria de pensamento aplicado que define nossa situação como atores morais e generalizar tal situação de modo a incluir todos os aspectos da vida. "A compreensão é, portanto, um caso particular de aplicação de algo universal a uma situação particular". *Id*., p. 278.

Para Gademer, Aristóteles é a fonte – aquele que posicionou ação e vontade no centro da filosofia moral. "A descrição aristotélica do fenômeno ético e especialmente da virtude do conhecimento moral (...) é de fato uma espécie de modelo dos problemas hermenêuticos (...) A aplicação não é uma parte subsequente ou meramente ocasional do fenômeno da compreensão, mas a codetermina como um todo desde o princípio". *Id*., p. 289. Gadamer vai além de Aristóteles ao incorporar o *insight* fundamental de Heidegger de que estamos sempre situados no mundo, construindo os mundos futuros que haveremos de habitar. Essa construção se dá por meio da intepretação, que é simultaneamente uma descoberta daquilo que sabemos e uma nova compreensão desse "saber", que nos permite descobrir mais sobre aquilo que sabemos. A

samento e ação. Uma coisa é entender o que deveria ser feito; outra coisa, bem diferente, é fazê-lo. O fazer envolve um ato de vontade e pode requerer coragem e perseverança. No caso das ações de um indivíduo, pensamos comumente que tais qualidades são funções da motivação, do caráter ou da psicologia.

Mas a interpretação jurídica é uma atividade prática em um sentido completamente distinto. A palavra judicial é um mandado para que outros façam. Não fosse assim, os objetivos práticos do processo deliberativo seriam alcançados apenas por meios indiretos e arriscados – se é que seriam. O contexto de um pronunciamento judicial é o do comportamento institucional em que se espera que outras pessoas, ocupando cargos preexistentes, ajam, implementem ou, de algum modo, respondam de forma específica à interpretação do juiz. Assim, o contexto institucional une o ato linguístico de entendimento prático aos atos físicos de outras pessoas de uma maneira previsível, ainda que não logicamente necessária.[25] Essas interpretações não são, portanto, apenas de caráter "prático", mas são, elas próprias, práticas.

---

partir de Heidegger, Gadamer postula a unidade de toda hermenêutica, de toda atividade interpretativa. Pois toda compreensão é uma construção tanto de si como do mundo, que é em certa medida prática e social e, portanto, jamais divorciada da ética.

A prática da interpretação jurídica pelo juiz não é diferente de qualquer outro exercício hermenêutico. Ela exemplifica os efeitos mútua e reflexivamente construtivos do texto, da compreensão prévia do texto (tradição), da aplicação presente e da compreensão-como-aplicação, e do comprometimento futuro. E a dogmática jurídica é, para Gadamer, o "modelo para unidade do interesse dogmático e histórico e por isso também para a unidade da hermenêutica como um todo". J. WEINSHEIMER, GADAMER'S HERMENEUTICS, A READING OF *Truth and Method*, p. 194 (1985).

A fixação da dogmática jurídica, por Gadamer, no centro da iniciativa geral de compreensão das ciências humanas, representa um convite – ou talvez uma tentação – àqueles teóricos do direito que concebem o direito como a construção de um sistema de significado normativo. Se o mundo inteiro das humanidades – ou seja, as muitas formas de atividade interpretativa – pode ser entendido em termos jurídicos, então seria possível colocar esse elemento interpretativo comum no centro do próprio direito. Esse parece ter sido, de fato, o efeito do lento desenrolar de ideias sobre a interpretação na teoria do direito norte-americana.

Ronald Dworkin sintetiza tais ideias interpretativistas em seu novo trabalho, *Law's empire*. R. DWORKIN, *supra*, nota 2. *Law's empire* é uma importante elaboração da forma reflexiva e deliberativa do conhecimento prático enraizada na *phronesis* aristotélica. Também parte da crítica anterior de Dworkin ao positivismo jurídico, apresentando a "interpretação" como a atividade central da atuação judicial enquanto coloca a própria atuação judicial no centro do direito. Concordo totalmente de que a forma predominante do pensamento jurídico deveria ser interpretativa, no amplo sentido do termo. No entanto, a emergência da interpretação como um elemento central não reflete, por si mesma, acerca da forma pela qual os atos interpretativos dos juízes são simultaneamente enunciados performativos em uma estrutura institucional configurada para o comportamento violento.

[25] Poderia se dizer que as instituições criam o contexto para transformar o contingente em necessário. *Ver* H. ARENDT, *supra*, nota 24, p. 14; ver também J. SEARLE, SPEECH ACTS (1969).

Formalmente, tanto a nível normativo ou descritivo, existem ou podem existir regras e princípios que descrevam a relação entre os atos interpretativos dos juízes e as ações subsequentes que podem ser esperadas. Essas regras e princípios constituem o que H.L.A. Hart chamou de "regras secundárias".[26] Ao menos algumas regras e princípios secundários identificam os termos de cooperação entre os especialistas em interpretação e outros atores em uma organização social. Os materiais secundários prescritivos pretenderiam definir as normas que regulam tais relações; as regras e princípios secundários descritivos forneceriam uma previsão exata acerca dos termos da cooperação. Obviamente, em qualquer sistema determinado não é preciso haver nenhum grau particular de correspondência entre esses dois conjuntos de regras.

As regras e princípios secundários fornecem o modelo para transformar linguagem em ação, palavra em ato. Como tal, ocupam uma posição central na análise da interpretação jurídica aqui proposta. O filósofo do direito pode nos mostrar um modelo de juiz hipotético capaz de alcançar um entendimento hercúleo da totalidade de textos jurídicos e sociais relevantes para um caso particular e, a partir desse entendimento, chegar à única resposta juridicamente correta.[27] Mas esse ato interpretativo mental não pode dar efeito a si próprio. A prática da interpretação requer a compreensão do que outras pessoas farão a partir do pronunciamento judicial e, em muitos casos, um ajuste conforme tal compreensão, não importa quão errada se imagine que a resposta institucional esperada será. Na falta disso, o intérprete sacrifica a conexão entre a compreensão do que deveria ser feito e o próprio ato. Mas preencher a lacuna entre pensamento e ação em um sistema jurídico nunca é simplesmente uma questão de vontade. O intervalo entre compreensão e ação corresponde, aproximadamente, às diferenças entre papéis institucionais e à divisão de trabalho e de responsabilidade que esses papéis representam. Assim, o que poderia ser descrito como um problema de vontade no que diz respeito ao indivíduo se torna primordialmente um problema de organização social em um contexto institucional. Em outro

---

[26] H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 77-106 (1961). Dworkin habilmente desafiou o papel supostamente central das regras secundárias na teoria do direito. R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977). A crítica de Dworkin é mais reveladora ao confrontar a ideia de que as regras de reconhecimento dão conta de maneira adequada de certos princípios que têm efeito de lei. Ver também Cover, *supra*, nota 2. Entretanto, algumas regras secundárias de reconhecimento são concebidas não para reconhecer o conteúdo de regras ou princípios, mas para reconhecer resultados que devem ser alcançados. Ou seja, algumas regras secundárias organizam a cooperação social nos atos violentos do direito. Em geral, as regras secundárias que organizam a violência jurídica são mais claras e hierárquicas do que aquelas que organizam a parte conceitual do direito. Para uma excelente consideração sobre a importância da posição de Dworkin para a viabilidade do positivismo jurídico enquanto sistema, ver Coleman, *Negative and Positive Positivism,* 11 J. LEG. STUD. 139 (1982).

[27] Ver R. DWORKIN, *supra*, nota 26, p. 105-30; ver também *infra*, nota 61.

trabalho, denominei a compreensão especializada dessa relação – entre a interpretação do juiz e a organização social exigida para transformá-la em realidade – como hermenêutica dos textos da jurisdição.[28] Essa compreensão especializada deve repousar no centro da atividade oficial de julgar.

B. Interpretação dentro de um sistema desenhado para gerar violência

O abismo entre pensamento e ação alarga-se sempre que uma violência grave está em questão. Isso porque, para a maioria de nós, considerações evolutivas, psicológicas, culturais e morais nos inibem a infligir dor sobre outras pessoas. Por óbvio, essas restrições não são absolutas nem universais; existem alguns indivíduos desviantes cujo comportamento é inconsistente com tais inibições.[29] Além disso, quase todas as pessoas são fascinadas e atraídas pela violência, ainda que ao mesmo tempo a repugnem.[30] Finalmente, e mais importante para nossos propósitos, é que estímulos sociais podem fazer com que quase todas as pessoas vençam ou suprimam a repulsa à violência sob certas circunstâncias.[31] Essas limitações não denegam a força das inibições contra a violência. Na verdade, ambas criam as condições sem as quais o direito seria desnecessário ou impossível. Se a inibição contra a violência fosse perfeita, o direito seria desnecessário; se ela não fosse capaz de ser superada por meio de signos sociais, o direito não seria possível.

Dado que a interpretação jurídica é uma prática incompleta sem a violência – dado que ela depende da prática social de violência para ser efetiva – ela deve

---

28 Cover, *supra*, nota 2, p. 53-60.

29 Há pessoas cujo comportamento é não só violento em relação a outros, como aparentemente negligente quanto às consequências violentas sobre elas mesmas. Esse comportamento é frequentemente acompanhado de uma estranha falta de emoção. A classificação dessas pessoas como portadores de doenças mentais é tema de grandes disputas. Não obstante, atualmente há uma variedade de rótulos que podem ser aplicados, com base em uma ou outra autoridade. Ver, *e.g.*, AM. PSYCHIATRIC ASSOC., DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 317-21 (3d ed. 1980) (diagnosticando pessoas similares às descritas acima como sofrendo de "desordem de personalidade antissocial"). Para algumas classificações anteriores, ver W. McCORD & J. McCORD, THE PSYCHOPATH 39-55 (1964).

30 Ver, *e.g.*, C. FORD & F. BEACH, PATTERNS OF SEXUAL BEHAVIOR 64-65 (1951) (com variadas respostas culturais que ligam a dor à sexualidade). Se há uma atração profunda sadomasoquista à dor e a violência que envolva formas mais sérias de imposição ou sofrimento de dor de forma similarmente universal é uma questão controversa. A atração à violência também pode ser descrita em termos de um impulso de "agressão". Ver, em geral, K. LORENZ, ON AGGRESSION (Trad. de M. Wilson, 1966).

31 Ver, *e.g.*, S. MILGRAM, OBEDIENCE TO AUTHORITY (1974). Os experimentos de Milgram são discutidos e colocados no contexto de um corpo muito mais amplo de trabalhos experimentais e anedotas sobre tomada de decisão em I. JANIS & L. MANN, DECISION MAKING: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS OF CONFLICTS, CHOICE, AND COMMITMENT 268-71 (1977).

estar fortemente atrelada à forma pela qual os estímulos operam para evitar ou superar os mecanismos psicossociais que usualmente inibem as pessoas a causarem dor e morte. As interpretações que provocam violência são distintas dos atos violentos que elas provocam. Quando os juízes interpretam o direito em um contexto oficial, esperamos que eles revelem ou estabeleçam uma relação estreita entre suas palavras e os atos que elas ordenam. Ou seja, esperamos que as palavras dos juízes funcionem como gatilhos virtuais para a ação. Não esperaríamos, por exemplo, contemplações ou deliberações, por parte de carcereiros ou de diretores prisionais, que venham a interferir na ação autorizada pelas palavras judiciais. Mas tornar esse comportamento violento rotineiro requer uma forma de organização que opere simultaneamente nos domínios da ação e da interpretação. Para que possamos compreender a violência do ato interpretativo de um juiz, devemos compreender também como ele é transformado em um ato violento a despeito da resistência geral em relação a tais atos. Para que possamos compreender o significado desse ato violento, devemos compreender também em que medida a interpretação do juiz o autoriza e o legitima.

Ainda que dificilmente seja possível sugerir uma revisão exaustiva das formas pelas quais a organização do sistema jurídico opera de modo a facilitar a superação de inibições contra violências internas específicas, gostaria de apontar alguns códigos sociais que limitam essas inibições. A literatura da psicologia social é útil aqui. *Obedience to authority*, de Stanley Milgram, é o mais conhecido estudo – e teoria – sobre códigos sociais e seu papel na superação de inibições normais à imposição de dor por meio da violência.[32] Nos experimentos de Milgram, indivíduos administravam o que eles pensavam ser choques elétricos realmente dolorosos em pessoas que eles pensavam ser os objetos da investigação. Isso era feito sob a direção ou as ordens dos supostos investigadores. Os verdadeiros objetos da investigação – aqueles que administravam os choques – mostraram um nível perturbadoramente alto de complacência em relação às figuras de autoridade, a despeito da dor aparente mostrada pelos falsos investigados. A partir dos resultados desse experimento, Milgram formulou uma teoria que, em certos aspectos, é incompleta. A parte mais desenvolvida da teoria depende fortemente da distinção por ele traçada entre agir em um estado "autônomo" e agir em um estado "como agente". Milgram postula a evolução de uma disposição humana a agir "como agente" dentro de hierarquias, dado que os membros de hierarquias organizadas eram tradicionalmente mais aptos a sobreviver do que os membros de grupos sociais menos organizados. Paralelamente, a "consciência" ou "superego" evoluiu em resposta à necessidade de comportamentos ou julgamentos autônomos, dada a evolução das estruturas sociais. É esse comporta-

---

[32] S. MILGRAM, *supra*, nota 31.

mento autônomo que inibe a imposição de dor sobre outras pessoas. Mas quando os indivíduos atuam dentro de uma estrutura hierárquica, a regulação do comportamento individual autônomo deve poder ser suprimida ou subordinada às características do comportamento como agente.[33] Para além de suas teorias sobre mecanismos de evolução específicos da espécie, Milgram também assinala formas específicas individuais e culturais de aprendizado e condicionamento para comportar-se como agente dentro de estruturas hierárquicas. Desse modo, os "sistemas institucionais de autoridade" têm um papel central na explicação de Milgram sobre o "comportamento como agente", na medida em que eles produzem os estímulos necessários para a passagem do comportamento autônomo para o comportamento como agente, exigida ciberneticamente para que as hierarquias funcionem.[34] De acordo com Milgram, os estímulos para superar o comportamento autônomo ou "consciência" consistem em comandos, ordens e sinais institucionalmente sancionados, dados por autoridades institucionalmente legitimadas, que caracterizam as organizações humanas hierárquicas.[35]

Há certamente uma variedade de formas alternativas pelas quais é possível conceituar a facilitação da violência via papéis institucionais. É possível apontar, por exemplo, para a teoria segundo a qual o ser humano possui uma tendência natural, um impulso instintivo para a agressão, e que a variedade de comportamentos aprendidos mantém a agressão dentro de certos limites. As ocasiões para violência institucionalmente delimitadas podem, então, ser vistas como escapes para as agressões que normalmente tenderíamos a exercer se não houvesse restrições. De uma perspectiva psicanalítica, alguns estudiosos têm admitido a hipótese de que as estruturais formais dispostas para a perpetração de violência permitem que muitos indivíduos evitem satisfazer seus desejos agressivos, ao "delegar" atividades violentas a outras pessoas.[36]

---

[33] *Id.*, p. 135-38. Milgram chega a sugerir a presença de reguladores neuroquímicos em tal subordinação.

[34] *Id.*, p. 123-64.

[35] *Id.* at 125-30, 143-48. Milgram também sujeita sua teoria de forma muito apropriada à questão de saber se o comportamento descoberto em seus experimentos não poderia ser melhor explicado postulando-se um impulso ou tendência geral à agressão que é inato ao ser humano, e que acaba normalmente suprimido por fatores sociais. Os experimentos poderiam então ser entendidos como oportunidades criadas pela remoção de constrangimentos sociais, de forma que uma agressão preexistente emerja. *Id.*, p. 165-68. Não está claro que as duas teorias sejam mutuamente excludentes.

[36] Anna Freud segue Stone ao chamar o fenômeno de "delegação". "O indivíduo nega a si próprio a satisfação de desejos agressivos, mas concede permissão para que alguma instância superior como o Estado, a polícia, os militares ou as autoridades jurídicas o façam". A. Freud, *Comments on Aggression,* em PSYCHOANALYTIC PSYCHOLOGY OF NORMAL DEVELOPMENT 161 (1981) (Vol. VIII of THE WRITINGS OF ANNA FREUD). Sou grato a Diane Cover por essa referência.

Existe uma enorme diferença entre a teoria da violência institucionalizada de Milgram e a de Anna Freud ou a de Konrad Lorenz, bem como das suposições sobre a natureza humana que as orientam. Mas algo comum a todas elas é a observação de um comportamento que requer uma explicação. Pessoas que agem dentro de organizações sociais que exercem autoridade agem violentamente sem experimentar as inibições normais ou o grau habitual de inibição que regula o comportamento daqueles que agem de forma autônoma. Quando os juízes interpretam, desencadeiam de forma semelhante comportamentos "como agente" dentro de determinada instituição ou organização social. Em certo nível, os juízes parecem estar – ou podem de fato estar – oferecendo seus entendimentos sobre o mundo normativo a seu público destinatário. Em outro nível, porém, estão acionando um mecanismo violento por meio do qual uma parte substancial de seu público perde a capacidade de pensar ou agir autonomamente.

C. Interpretação e a organização efetiva da violência

Um terceiro fator separa a autorização de violência como um exercício deliberativo e interpretativo do ato propriamente dito. A vítima raramente sofre os atos de violência fora de um arranjo de dominação.[37] Esse arranjo pode ser ma-

---

[37] Meu colega Harlon Dalton relata uma visão comum a algumas pessoas que já trabalharam para juízes do Segundo Circuito do Tribunal de Apelações: em seus assentos, os juízes parecem relutantes a confirmar condenações quando creem que o réu se encontre na sala de audiências. Dalton sugere duas razões para a tendência em tomar decisões de forma reservada nesses casos. Primeiro, o desejo dos juízes de dar uma aparência de deliberação de forma a minimizar, na medida do possível, a satisfação do derrotado com o resultado; segundo, e mais importante, o desejo dos juízes de evitar que um réu irado (cujas inibições contra a perpetração de violência não são como poderiam ser) decida "se aproximar do assento" do juiz, por assim dizer. Dalton relata uma cena que testemunhou quando trabalhou para um então novato juiz de distrito, que cometeu o erro de pronunciar uma sentença na pequena sala das togas atrás da sala de audiências (A sala de audiências estava temporariamente indisponível por alguma razão). O requerimento do réu para que sua família presenciasse a condenação foi obviamente concedido. Como resultado, o juiz teve de confrontar uma esposa em prantos, crianças abatidas, um advogado capaz de agir de forma emotiva em um espaço tão íntimo e um réu que podia manifestar sua insatisfação ao juiz olho no olho, a uma distância de, no máximo, dez passos. Foi então impossível ao juiz se esconder ou se isolar da violência que fluiria das palavras que estava prestes a proferir, de forma que ele estava visivelmente abalado quando pronunciou a sentença. Mesmo assim, nem ele nem Dalton estavam preparados para o que viria a seguir. O réu começou a alternar gritos e súplicas para que o juiz mudasse de ideia; sua esposa começou a soluçar alto; o réu avançou para a frente sem um propósito aparente em sua cabeça senão, literalmente, o de se aproximar do juiz que estava fazendo aquela coisa horrível com ele. Uma vez que a disposição dos assentos na sala das togas não fora concebida com questões de segurança em mente, o oficial levou um ou dois instantes – longos um ou dois instantes – para conter o réu. E então, uma vez que a única saída da sala ficava atrás de onde o réu e sua família estavam sentados, o juiz teve de esperar até que eles fossem, respectivamente, forçados e compelidos a deixar o recinto antes que ele pudesse sair – o que o fez testemunhar,

nifestamente coercitivo e violento ou pode ser produto de um histórico de violência que condiciona as expectativas dos atores. A imposição de violência depende da satisfação de pré-condições sociais para ser efetiva. Poucos de nós somos suficientemente valentes ou imprudentes para *agir* violentamente de forma intransigente e por princípio, sem prestar atenção às respostas prováveis daqueles sobre os quais pretendemos impor nossa vontade.[38]

Se a interpretação jurídica implica ação num campo de dor e morte, então podemos esperar que o ato de interpretação atente para as *condições de dominação efetiva*. Na medida em que essa dominação efetiva não estiver presente, ou nossa compreensão do direito será ajustada de forma a exigir aquilo que razoavelmente se pode esperar de pessoas em condições de represália, resistência ou vingança[39], ou então haverá uma crise de credibilidade. Ao longo do tempo, a lei pode vir a manter apenas uma relação incerta com os atos institucionalmente implementados que ela autoriza. Alguns sistemas, especialmente os religiosos, podem perpetuar e até se beneficiar da dicotomia entre uma lei ideal e uma realizável.[40] Mas essa dicotomia tem implicações imensas *se incorporada ao* direito. Em nosso próprio sistema jurídico secular, devemos assumir que esse seria um desenvolvimento indesejado.

D. Interpretação jurídica como interpretação constrangida

Assim sendo, a interpretação jurídica jamais pode ser "livre"; ela jamais pode ser apenas função do entendimento de um texto ou de uma palavra. Nem pode ser uma simples função do que o intérprete concebe como a mera leitura

---

em primeira mão, como suas palavras são traduzidas em atos. Sou grato a Harlon Dalton por esses relatos.

38 É a fantasia de agir dessa maneira que desperta a atração de tantos heróis violentos. Onde sistemas de detenção e justiça de fato dependem, ou dependeram, de atos de violência altamente arriscados, há grandes tentações a evitar princípios mais elevados. Em muitas sociedades feudais, o principal problema social aparentemente não era saber como parar contendas, mas como fazer para que protagonistas relutantes agissem de forma a proteger membros vulneráveis ou vingá-los. Miller, *Choosing the Avenger: Some Aspects of the Bloodfeud in Medieval Iceland and England,* 1 LAW AND HIST. REV. 159, 160-62, 175 (1983).

39 Ver o corpo da obra de Miller sobre os feudos nórdicos. *Id*., p. 175-94. *Ver também* W. Miller, *Gift, Sale, Payment, Raid: Case Studies in the Negotiation and Classification of Exchange in Medieval Iceland*, 61 SPECUILUM 18-50 (1986); *cf.* E. AYERS, VENGEANCE AND JUSTICE: CRIME AND PUNISHMENT IN THE 19TH CENTURY AMERICAN SOUTH 18 (1984) ("Honra e legalismo. . . são incompatíveis ...").

40 Os relatos da disputa dentro da teoria jurídica xiita sobre se seria possível estabelecer um governo declaradamente Xiita antes do advento do décimo segundo *Imam*, por exemplo, refletem essa dicotomia em um contexto religioso. *Ver* R. MOTTAHEDEH, THE MANTLE OF THE PROPHET: RELIGION AND POLITICS IN IRAN 172-73 (1985). De acordo com a crença xiita, apenas o advento desse "*Imam* da idade" trazia a possibilidade de uma comunidade política islâmica perfeita. *Id*., p. 92-93.

de um "texto social" – uma leitura de todos os dados sociais relevantes. A interpretação jurídica deve ser capaz de se transformar em ação; deve ser capaz de superar as inibições contra a violência, de forma a gerar os atos por ela requeridos; deve ser capaz de reunir um grau de violência suficiente para deter represálias ou vinganças.

A interpretação jurídica deve considerar reflexivamente sua própria organização social a fim de manter suas ligações decisivas com o comportamento violento efetivo. Por meio dessa reflexão, o intérprete renuncia, assim, a uma parte de sua independência de pensamento e autonomia de julgamento, dado que o significado jurídico que algum Hércules hipotético (Hyporcules) poderia construir a partir do nosso mar de textos jurídicos e sociais é apenas um elemento dentro da prática institucional que chamamos de direito. O significado jurídico coerente é um elemento da interpretação jurídica, mas é um elemento potencialmente em tensão com a necessidade de gerar ações efetivas em um contexto violento. Nem ação efetiva nem significado coerente podem ser mantidos – juntos ou separados – sem uma estrutura completa de cooperação social. Dessa forma, a interpretação jurídica é uma forma de interpretação constrangida tanto pela aplicação prática (os atos que ela implica) como pela ecologia de papéis jurisdicionais (as condições de dominação efetiva). Os constrangimentos são recíprocos, porque os fatos de violência social, tal como os conhecemos, também devem ser inteligíveis – devem ser sujeitos tanto a interpretação como às formas de comportamento especializadas e constrangidas, os "papéis". E o comportamento que esperamos em relação a tais papéis jamais pode existir sem as interpretações que explicam os padrões de ação ou inação forte (que, isolados, não fariam sentido) e nem pode ser inteligível sem que se compreendam os atos que eles estão destinados a realizar.

A interpretação jurídica pode ser o ato de juízes ou cidadãos, legisladores ou presidentes, de quem recusa servir ao exército ou milita contra o aborto. Cada tipo de intérprete fala a partir de um lugar institucional distinto. Cada um possui uma perspectiva diferente sobre as implicações fáticas e morais de determinada compreensão da Constituição. A compreensão de cada um irá variar conforme seus papéis e seus comprometimentos morais. Mas considerações sobre palavras, atos e papéis estarão sempre presentes em alguma medida. As relações entre esses três elementos são criadas pelo contexto violento da prática da interpretação jurídica e, portanto, constituem o aspecto mais significativo do processo interpretativo no direito.

III. INTERPRETAÇÃO E AÇÃO EFETIVA: O CASO DAS CONDENAÇÕES CRIMINAIS

O caráter constrangido da interpretação jurídica pode ser mais bem contemplado se estudarmos a fundo um ato judicial padrão – a imposição de uma

condenação criminal – a partir da perspectiva do juiz. Esse ato tem poucas das complicações sobre remédios processuais e preenchimento de papéis que tem ocupado os estudiosos da função jurisdicional, em casos que envolvem reformas institucionais ou "questões políticas" complexas que demandam a realização de ações afirmativas.[41] Ao impor condenações criminais, os juízes fazem algo que está claramente dentro de sua competência. Não pretendo sugerir que não existam discordâncias sobre como o ato deveria ser conduzido – se com muita ou pouca discricionariedade, se com base em critérios objetivos e quantificáveis ou subjetivos e qualitativos. O fato é que esse ato é e há muito tempo tem sido um ato judicial, que não requer novos ou estranhos modos de interações com outros agentes públicos ou cidadãos.

Nesse ato judicial, é tomada como certa a existência de uma estrutura de cooperação que, esperamos nós, assegure a dominação efetiva da vítima da violência estatal presente e futura – o acusado que é declarado culpado. De fato, a tarefa do juiz se torna perigosa toda vez que as condições de dominação do prisioneiro e de seus aliados estiverem ausentes. Ao longo da história, presenciamos as consequências da dominação inefetiva em julgamentos ocasionais, seja em nosso país ou em variadas instâncias de outras nações.[42] A imposição da sentença envolve, assim, policiais, carcereiros e outros agentes que irão conter o prisioneiro (ou colocá-lo à livre disposição para contenções futuras) perante a ordem do juiz, além de guardas que impedirão que o prisioneiro seja resgatado e que também protegerão o juiz, os prisioneiros, as testemunhas e os carcereiros de possíveis vinganças.

Ao impor uma sentença, o juiz normalmente toma como certa a estrutura institucional que pode ser vista, por analogia, como a "transmissão" do motor da justiça. A sentença "apropriada" que o juiz autoriza via interpretação só pode ser levada a efeito por outras pessoas: o vínculo entre palavra e ação só é obtido porque existe um sistema de cooperação social. Esse sistema garante ao juiz o

---

41 Meu argumento não é simplesmente o de que há algumas características especiais em alguma subclasse de casos que fazem com que seja sensato, prudente ou necessário ao juiz deixá-los a cargo de supostos desejos ou iniciativas de outros atores políticos. Em vez disso, meu ponto aqui é de que em todo ato – mesmo um que se acredita "pertencer" ao juiz – há um elemento necessário de consideração dos requisitos para transformar o pensamento judicial em ação violenta.

42 A dominação inefetiva resultou, por exemplo, nas medidas de segurança extraordinárias que tiveram lugar nos julgamentos mais importantes da máfia na Itália. É refletida também nas falhas da justiça de Weimar. Ver P. GAY, WEIMAR CULTURE: THE OUTSIDER AS INSIDER 20-21 (1968). Nós não deveríamos acreditar que nosso próprio sistema jurídico é inteiramente livre desses problemas. Ainda que no geral os juízes têm se saído notavelmente bem considerando o número de pessoas que eles ferem, há exemplos ocasionais de violência dirigida a juízes. E o problema da proteção de testemunhas é algo sério e persistente para o sistema de justiça criminal.

recurso a uma força considerável – as condições de dominação efetiva – caso seja necessário. Ele garante – ou se supõe que garanta – uma correspondência relativamente confiável entre a palavra do juiz e os atos executados contra o prisioneiro.

A. Revelando o fator dos papéis latentes

Se a estrutura institucional – o sistema de papéis – concede efeito ao entendimento do juiz, transformando esse entendimento "em direito", então ela também confere significado aos atos que realizam essa transformação, legitimando-os como "jurídicos". Uma tarefa central para o intérprete jurídico é atender os aspectos problemáticos da integração entre papéis, atos e palavras – não apenas quando a violência (isto é, a coação) carece de significado, mas também quando o significado carece de violência.

Em um país como o nosso, onde as condições de dominação estatal raramente estão ausentes, é muito fácil presumir que haverá agentes públicos fiéis dispostos a executar os decretos dos juízes, e também juízes dispostos a tornarem seus atos jurídicos. Podemos ver o quanto essa estrutura – tida como garantida – é crucial ao examinarmos um caso em que ela está ausente. As decisões do juiz Herbert Stern no caso *United States v. Tiede*[43] demonstram, com rara lucidez, o significado das conexões institucionais entre a palavra judicial e os atos violentos que ela autoriza.

Stern era (e é) um juiz distrital federal em Nova Jersey. Em 1979, ele foi nomeado juiz especial do Tribunal dos Estados Unidos para Berlim. Esse evento extraordinário – a única convocação do Tribunal para Berlim – era uma resposta à relutância da Alemanha Ocidental em processar dois sequestradores que haviam usado armas de brinquedo para ameaçar a tripulação de um avião polonês que ia de Gdansk em direção a Berlim Oriental, forçando-o a pousar em Berlim Ocidental. O *status* formal de Berlim como cidade "ocupada" possibilitou aos alemães colocar a responsabilidade do processo dos sequestradores-refugiados sobre os americanos.[44]

Stern escreveu um informe comovente sobre o inusitado processo que se sucedeu, incluindo sua longa batalha com o governo norte-americano sobre a questão geral da aplicabilidade da Constituição dos Estados Unidos ao caso. Depois de um julgamento por júri – ao qual a acusação se opôs – e de um vere-

---

43 86 F.R.D. 227 (U.S. Ct. for Berlin 1979). A opinião aqui referida abrange apenas certas questões processuais que apareceram ao longo do julgamento, especialmente a questão de se os réus tinham direito a um julgamento por júri. Uma visão abrangente do julgamento e das várias decisões tomadas durante seu curso pode ser encontrada em H. STERN, JUDGMENT IN BERLIN (1984).

44 H. STERN, *supra*, nota 43, p. 3-61.

dito de condenação por uma das acusações, Stern foi requisitado a realizar o "simples" ato interpretativo de impor a sentença apropriada. Com relação à interpretação dos elementos que regulavam a aplicação da pena, o ato seria de fato "simples" – o ato de aplicar uma lei alemã relativamente clara com base em uma lei norte-americana também clara sobre tribunais de ocupação.[45]

Stern ilustrou de forma brilhante os defeitos dessa cadeia de raciocínios. O ato de interpretação judicial que define a sentença se traduz por um ato – a execução real de violência punitiva sobre um acusado. Mas esses dois elementos – palavra judicial e ato punitivo – somente estão conectados pela cooperação social de muitas pessoas que, dentro de seus papéis como advogados, policiais, carcereiros ou guardas, executam os atos que as palavras judiciais autorizam. A cooperação entre esses agentes públicos é, em geral, simplesmente pressuposta; mas, certamente, as condições que normalmente garantem o êxito dessa cooperação podem falhar de diversas maneiras.

O juiz Stern então sentenciou o acusado Hans Detlef Alexander Tiede da seguinte forma:

> Senhores [aos advogados do Departamento de Estado e do Departamento de Justiça], eu não lhes entregarei esse acusado (...) já o mantive sob sua custódia por quase nove meses (...) Vocês me persuadiram a fazê-lo. Acredito, agora, que vocês não reconhecem qualquer limitação ao devido processo legal (....)
>
> Não preciso ser nenhum grande profeta para compreender que não há um grande futuro para esse Tribunal dos Estados Unidos para Berlim. [Stern havia recém "ordenado" que um caso civil trazido pelos Estados Unidos ao seu tribunal não tivesse prosseguimento. O caso era uma última tentativa desesperada de um complicado processo em que o governo da Alemanha Ocidental havia adquirido uma área aberta – supostamente violando previsão do direito alemão – para a construção de um complexo habitacional para o Comando do Exército dos Estados Unidos em Berlim. Os oficiais da ocupação norte-americana recusaram permissão aos tribunais alemães para decidir o caso, pois interesses da autoridade da ocupação estavam envolvidos. O embaixador norte-americano Walter Stoessel escrevera a Stern no dia anterior ao julga-

---

45 Existiam várias controvérsias interpretativas importantes envolvidas na sentença além da que foi aqui tratada: por exemplo, se uma oferta de acordo ao réu por parte da promotoria em troca da desistência de sua demanda por júri deveria operar de forma a limitar qualquer sentença a um patamar não mais severo que o acordo oferecido, *id.*, p. 344-45, e se o juiz estava obrigado a aplicar a lei alemã que estipulava uma sentença mínima obrigatória de três anos para a ofensa que Tiede era acusado de cometer, *id.*, p. 350-355.

> mento, dizendo que "sua nomeação como juiz do Tribunal dos Estados Unidos para Berlim não se estende a esse assunto."[46]]
>
> (...)
>
> Sob tais circunstâncias, quem estará aqui para proteger Tiede se eu o entregar a vocês pelos próximos quatro anos? Se a Constituição não se aplica, e estando vocês sem qualquer tipo de restrição, quem ficará entre vocês e ele? Qual juiz? Qual magistrado independente vocês têm aqui? Qual magistrado independente vocês permitirão aqui?
>
> Quando um juiz sentencia, ele põe o acusado sob custódia – nos Estados Unidos ele diz: 'Eu o coloco sob custódia do Procurador Geral dos Estados Unidos' – e etc. Aqui, eu suponho que ele diga, 'Eu o coloco sob custódia do Comandante, do Secretário de Estado', ou do que for (...) Eu não farei isso. Não sob essas circunstâncias (...)
>
> Eu sentencio que o acusado cumpriu o tempo de sua pena. Você (...) é um homem livre agora.[47]

A notável sentença de Herbert Stern não é simplesmente um efetivo e comovente apelo pela independência judicial, um apelo contra a subserviência que o governo tratou de impor a ele. É uma dissecação da anatomia da punição criminal em um sistema constitucional. Como tal, ela revela o papel interno da palavra judicial no ato de sentenciar. Revela a necessidade de uma estrutura de papéis latentes disposta para tornar o pronunciamento judicial moralmente inteligível. E proclama a ininteligibilidade moral dos pronunciamentos judiciais rotineiros quando essa estrutura não se encontra presente. Quase todos os pronunciamentos judiciais se transformam em atos por meio da ação de outras pessoas – atos inseridos em papéis. O juiz deve ver, como fez Stern, que o significado de suas palavras pode mudar quando os demais papéis mudam. Tendemos a assumir, de maneira irresistível, que a violência constitucional é sempre produzida dentro de limites institucionalmente sancionados e sujeita à ação de outras pessoas institucionalmente circunscritas e designadas. Stern revelou a suspeição desse pressuposto no contexto de Berlim e "reinterpretou" sua sentença de acordo com ela.[48]

---

46 *Id.*, p. 353.

47 *Id.*, p. 370.

48 O Juiz Stern enfrentou uma situação pouco usual – sem sistema judiciário independente e sem uma negativa *explícita* dos encarregados da violência oficial de que seu poder estava constitucionalmente limitado. Em certo sentido, a situação era de ausência de direito *de jure*. Mas o alcance do raciocínio de Stern extrapola o caso em questão; ele pode ser estendido de forma a incluir, por exemplo, situações de ausência de direito *de facto* presentes na vida de muitas prisões norte-americanas. Litígios sobre reformas institucionais – sejam aplicados em prisões, escolas ou hospitais – envolvem questões complexas de poder corretivo via judiciário. Muitas

B. A condenação à morte como um ato interpretativo de violência

Uma das questões mais difíceis que se coloca aos juízes é saber se a pena de morte é constitucionalmente permitida e, caso seja, se ela deve ser imposta. Enquanto sua gramática é similar à de qualquer outra sentença penal, a punição capital como ato interpretativo é única, e isso em pelo menos três formas. Primeiro, o juiz deve interpretar os textos constitucionais e outros textos que tratam das ocasiões em que a sentença capital é apropriada ou permitida. Em segundo lugar, deve compreender esses textos no contexto de uma aplicação que determina a morte de outra pessoa. Por último, deve agir de modo a pôr em movimento ações de outras pessoas que, no curso natural das coisas, terminarão com alguém matando o acusado que foi condenado. Nossos juízes *jamais* matam, eles próprios, os acusados. Eles sequer assistem à execução. Ainda assim, eles estão extremamente conscientes do ato que suas palavras autorizam.[49]

A situação confusa e emotiva que hoje prevalece nos Estados Unidos a respeito da pena de morte é, sob várias maneiras, produto daquilo que descrevi como o caráter constrangido da interpretação jurídica – a complexa estrutura de relações entre palavra e ato. O ato de punição capital envolve, para qualquer pessoa dotada das inibições normais contra a imposição de dor e morte, uma medida especial da relutância e da repugnância que constitui o abismo a ser transposto entre interpretação e ação, uma vez que, na punição capital, a ação ou o *ato* é extremo e irrevogável, uma pressão é colocada sobre a *palavra* – a interpretação que estabelece a justificativa jurídica para o ato.[50] Ao mesmo tempo, o fato de que a punição capital constitui a manifestação mais clara, deliberada e

---

vezes essas questões são enquadradas como problemas de discricionariedade na administração de remédios judiciais. Quando decidem sobre a emissão de uma liminar, os juízes frequentemente "interpretam" o direito à luz das dificuldades envolvidas na execução de seus julgamentos. Mas a decisão de Stern no caso *Tiede* segue um caminho diferente. Um juiz pode ou não ser capaz de mudar os atos de violência oficial, mas sempre pode se recusar a justificar essa violência. Pode ou não ser capaz de tornar uma prisão boa, mas pode evitar sentenciar alguém a uma prisão constitucionalmente inadequada. Alguns juízes de fato seguiram esse caminho. Ver, *e.g.,* Barnes *v.* Government of the Virgin Islands, 415 F. Supp. 1218 (D.V.I. 1976).

49 Compare a distância prudente que os juízes hoje mantêm em relação às sentenças capitais com o espetáculo da punição capital descrito em Hay, *Property, Authority and the Criminal Law,* in ALBION'S FATAL TREE: CRIME AND SOCIETY IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND 28-29 (1975).

50 Essa pressão por uma justificação mais certeira da sentença de morte repousa no desenvolvimento de uma posição de "super devido processo" em relação a casos de pena capital. Ver, *e.g.,* Radin, *Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death,* 53 S. CAL. L. REV. 1143 (1980) (descrevendo as garantias processuais da Suprema Corte com base na Oitava Emenda). Nenhum retrato das implicações definitivas dessa posição é tão poderoso quanto o encontrado em C. BLACK, CAPITAL PUNISHMENT: THE INEVITABILITY OF CAPRICE AND MISTAKE (2d ed. 1981).

consciente da interpretação jurídica como violência faz da imposição da sentença um teste especialmente forte de fé e comprometimento dos intérpretes.[51] Nem mesmo a fachada de civilidade – onde ela existe – pode obscurecer a violência de uma sentença de morte.

Casos capitais revelam, portanto, muito mais sobre a estrutura da interpretação judicial que outros casos. Essa revelação é auxiliada pelo caráter combativo do direito: o acusado e seu defensor procuram e exploram qualquer parte da estrutura que possa trabalhar a seu favor. E eles o fazem em um grau extremo – em uma questão de vida ou morte.[52]

Assim, no caso capital típico nos Estados Unidos, o juiz é constantemente lembrado daquilo que a defesa constantemente procura explorar: a estrutura de papéis interdependentes que o juiz Stern viu como potencialmente ausente em Berlim no caso *Tiede*. Vejamos. Os atores desses papéis não apenas dão efeito à decisão judicial – eles a esperam! Todos eles sabem que o juiz será chamado, de tempos em tempos, a considerar de forma exaustiva todos os caminhos interpretativos que os advogados de defesa podem tomar de forma a evitar a sentença. E eles esperam que nenhuma sentença capital seja de fato executada sem vários adiamentos substantivos, durante os quais os juízes considerarão alguma defesa que não foi completamente decidida pelo seu tribunal ou por outro.[53] A ação quase estilizada do drama requer que os carcereiros estejam manifestamente prontos para receber a comunicação do ato judicial – mesmo se for apenas o ato decisório de tomar ações futuramente. A suspensão da execução, embora não represente nada – literalmente nada – como ato de exegese *textual*, ainda assim constitui uma importante forma de interpretação constitucional, pois mostra

---

[51] A proibição da pena de morte que durou décadas pode ser razoavelmente compreendida como uma falha na vontade de uma parte da maioria da Suprema Corte que, em algum momento desse período, decidiu *tanto* que não havia um impedimento constitucional à pena de morte *como* que não estavam preparados a ver os estados começarem uma série de execuções. Ao longo desse período, evidentemente, novas questões processuais foram surgindo. Mas não parece forçado supor que também havia um certo ressentimento acerca do enfrentamento das implicações da posição majoritária nessa questão constitucional. Ver Note, *Summary Processes and the Rule of Law- Expediting Death Penalty Cases in the Federal Courts,* 95 YAI.E L.J. 349, 354 (1985) (citando a "frequentemente incerta e tortuosa" jurisprudência da corte sobre pena capital durante esse período).

[52] Ver, *e.g.,* Sullivan *v.* Wainwright, 464 U.S. 109, 112 (1983) (Burger, C.J., concordando com a negativa de suspensão) (O Chief Justice Burger acusou os advogados de penas capitais de transformar "a administração em uma competição esportiva").

[53] A Suprema Corte atual (ou sua maioria) é bastante hostil a tais adiamentos. Barefoot *v.* Estelle, 463 U.S. 880 (1983), Zant *v.* Stephens, 462 U.S. 862 (1983), California *v.* Ramos, 463 U.S. 992 (1983), e Barclay *v.* Florida, 463 U.S. 939 (1983) marcam uma reversão na tendência de se permitir ou encorajar uma audição completa de todas as alegações e defesas possíveis. Não obstante, mesmo com essa nova impaciência em relação ao prosseguimento da execução, é comum haver adiamentos substanciais em algum ponto anterior à execução.

que a violência do diretor prisional e do carrasco está ligada ao ato deliberado de entendimento do juiz. Como uma abertura especial, a suspensão da execução permite – ou, mais precisamente, requer – que essa inferência seja feita a partir do fracasso representado pela suspensão da execução. Esse também é o laço visível entre palavra e ato.[54] Diretores, guardas, médicos – todos eles operam no ritmo do juiz. Se o ato é executado, ele é um ato constitucional – integrado a uma compreensão própria da palavra e por ela justificado. Em suma, é a suspensão – ou o drama da possibilidade de suspensão – que faz da execução uma violência constitucional; que faz da ação um ato de interpretação.

Afinal de contas, há execuções por quase toda parte. Se pessoas desaparecem, se elas morrem subitamente e sem cerimônias na prisão, inteiramente aparte de qualquer justificação ou autorização articulada para o seu falecimento, então nós não temos uma interpretação constitucional no centro desse ato, nem temos o ato – a morte – no centro da Constituição. O problema da incapacidade ou da falta de vontade em assegurar um vínculo forte e certeiro entre o pronunciamento judicial e os atos violentos é característico de alguns sistemas jurídicos em certas épocas.[55] Foi característico de grande parte do sistema jurídico norte-americano às portas do século XX; o linchamento, por exemplo, foi por muito tempo considerado uma aberração propriamente norte-americana.[56] Uma aberração que tomou diversas formas, frequentemente envolvendo a punição de supostos delinquentes inteiramente fora do alcance dos tribunais. Às vezes, porém, envolveu a execução de sentenças capitais sem respeitar os processos de apelação ou recursos posteriores à condenação. Esse foi o resultado, por exemplo, do célebre caso "Leo Frank".[57]

---

54 Considere as várias opiniões dos juízes em Rosenberg *v.* United States, 346 U.S. 273 (1953), abandonando, em termos especiais, a suspensão da sentença de morte que havia sido concedida pelo Juiz Douglas. Para uma análise dessas deliberações, ver Parrish, *Cold War Justice: The Supreme Court and the Rosenbergs,* 82 AM. HIST. REV. 805-42 (1977).

55 Ver, *e.g.,* R. BROWN, STRAIN OF VIOLENCE, HISTORICAL STUDIES OF AMERICAN VIOLENCE AND VIGILANTISM 144-79 (1975) (discutindo medidas legais em relação ao vigilantismo norte-americano).

56 *Ver* R. ZANGRANDO, THE NAACP CRUSADE AGAINST LYNCHING, 1909-1950, p. 9-11 (1980).

57 Leo Frank era um judeu nova-iorquino que administrava um fábrica de lápis na Geórgia. Ele era acusado de ter estuprado e assassinado uma jovem de 14 anos de idade que era empregada da fábrica. O julgamento (e a condenação) tiveram lugar em meio a uma atmosfera de clamor popular, de forma que o tribunal foi requerido a advertir o réu e sua defesa de que não estivessem presentes na sala de audiências quando fosse anunciado o veredito, para evitar que fossem violentamente atacados. Após a condenação de Frank, ele foi removido à força da prisão por um grupo e linchado. O caso foi fundamental para a formação da Liga Antidifamação B'nai Brith. O perdão judicial foi negado pela Suprema Corte em Frank v. Mangum, 237 U.S. 309 (1915), sob forte discordância do Juiz Holmes e do Juiz Hughes.

O fato é que temos percorrido um bom caminho, desde 1914, no que diz respeito a nossas expectativas de que as pessoas acusadas de crimes capitais tenham um julgamento, sejam apropriadamente sentenciadas e vivam para ver o tempo marcado para a execução de sua sentença. De fato, hoje esperamos uma coordenação quase perfeita entre aqueles cujo papel é o de infligir uma violência sujeita às decisões interpretativas dos juízes. Esperamos, inclusive, uma cooperação coordenada de modo a assegurar todas as interpretações jurídicas plausíveis sobre o assunto.[58]

Uma forma bem coordenada da violência como essa é uma conquista. Os delicados compromissos sociais destinados a executar essa violência que é a punição capital, ou para evitar esse ato, não são produtos fortuitos ou casuais das circunstâncias. Em vez disso, são produtos de um planejamento intimamente relacionado às regras e princípios secundários, que fornecem critérios claros para o reconhecimento desses e de outros atos interpretativos como primordialmente, e acima de tudo, atos *judiciais*. Seu "sentido" é sempre secundário à sua origem. Diretores prisionais, guardas ou carrascos não esperam por uma ligação telefônica do melhor estudioso, filósofo ou crítico de direito constitucional antes de executar prisioneiros – não importa o quão convincentes as interpretações destes possam ser. E, de fato, eles aguardam as palavras dos juízes apenas na medida em que elas carregam o indício formal de terem sido pronunciadas na investidura do juízo. A cooperação social central para a forma constitucional de cooperação violenta é, portanto, implicada também pelo reconhecimento do papel do juiz e o reconhecimento daquele que se pronuncia por intermédio desse papel.

Certamente, há situações em que o papel judicial, mal definido, é contestado. Entretanto, a cooperação social para exercer violência constitucional, tal como a conhecemos, exige ao menos que esteja claro quem fala como juiz e quando isso acontece. A ordem hierárquica de vozes judiciais também deve ser clara ou passível de esclarecimento. Temos demonstrado, então, a necessidade de regras e princípios que situem os intérpretes dotados de autoridade e prescrevam ações baseadas naquilo que eles dizem. As regras e princípios que situam as vozes autorizadas para a ação assinalam os defeitos de um modelo de interpretação judicial que se concentra no trabalho de uma única mente coerente e consistente.

---

[58] Obviamente eu não estou sugerindo que não exista mais violência não autorizada por parte da polícia, dos carcereiros etc., mas a posição quase pública de que a "justiça" da plebe deveria suplantar o processo ordenado dos tribunais não mais prevalece. *Vide* o artigo extraordinário de Charles Bonaparte, *Lynch Law and its Remedy*, 8 YALE L.J. 335, 336 (1899) (argumentando que o propósito subjacente ao linchamento "não é violar, mas reivindicar o direito; ou, mais propriamente falando, ... sua parte 'adjetiva'... é negligenciada de forma que sua parte 'substantiva' possa ser preservada").

Nos Estados Unidos, não há conjunto de regras e princípios mais fundamental que aquele que impossibilita um único juiz – não importa quão hercúlea seja sua compreensão do direito – de ter a última palavra sobre o significado jurídico que afeta casos reais. Salvo algumas exceções triviais, nenhum juiz norte-americano que se debruça sobre uma questão jurídica relevante encontra-se imune de reexame via apelação. Por outro lado, juízes de tribunais superiores que sejam a última instância decisória de uma questão jurídica relevante jamais decidem sozinhos. Um complexo de regras secundárias determina essa situação. Tais regras incluem desde estatutos gerais que garantem o direito de apelar ao menos uma vez das sentenças definitivas proferidas pela primeira instância, passando por estatutos especiais que exigem reexame via apelação em sentenças capitais, até a garantia constitucional que proíbe a suspensão de *habeas corpus*.[59] As cortes finais de apelação nos Estados Unidos são sempre compostas por pelo menos três juízes. Algumas constituições estaduais especificam esse número. Não há nenhuma previsão explícita na Constituição que exija que a Suprema Corte tenha mais do que um único juiz, mas tanto a prática como as interpretações generalizadas desde 1789 fazem da ideia de uma Suprema Corte com juiz único um verdadeiro absurdo. Dada a clareza das expectativas acerca da pluralidade das instâncias judiciais superiores, parece-me duvidoso que um tribunal imaginário como esse satisfizesse o requisito constitucional de que haja uma Suprema Corte.[60]

Se algum juiz Hércules hipotético chegasse a uma compreensão dos textos constitucionais e sociais – uma interpretação – que entendesse a pena de morte como permissível e apropriada em determinado caso, seria de imediato confrontado com o problema de traduzir sua convicção em ato. O próprio entendimento da constitucionalidade e do cabimento de se impor a pena de morte traria, em seu bojo, o conhecimento de que o próprio juiz não poderia dar efeito à sentença. A compreensão mais elementar de nossa prática social de violência garante que os juízes saibam que eles próprios não podem puxar a alavanca. Essa não é uma convenção trivial, pois significa que outra pessoa terá o dever ou a oportunidade de transmitir o que o juiz fez. No caso de um juiz de primeira instância

---

59 Ver, *e.g.,* 28 U.S.C. § 1291 (1982) (sobre o direito de apelar decisões finais de tribunais distritais); *id.* §§ 46(b), 46(c) (sobre a audiência de casos perante as Cortes de Apelação em turmas de três juízes a menos que seja demandada audiência *en banc*); U.S. CONST. art. I, § 9, ci. 2 (protegendo a ordem de *habeas corpus*).

60 28 U.S.C. § 1 (1982) (previsão de que a composição da Suprema Corte seja de nove juízes, sendo que seis constituem um quórum). A única exceção histórica significativa à generalização no texto me faz refletir um pouco acerca da conclusão sobre a constitucionalidade de uma Suprema Corte com juiz único. É verdade, por certo, que o *Chancellor* era, de certa forma, uma corte superior de juiz único. E, embora essa não tenha sido a regra, alguns sistemas de tribunais norte-americanos preservaram uma *chancery*, ainda que com tribunais de apelação por *equity* que contam com múltiplos juízes.

que emite uma ordem de execução, há sempre outro juiz a quem apelar para manter ou revogar essa decisão. O fato de que *outra pessoa* deve promover a execução significa que essa pessoa poderá ser confrontada com dois documentos escritos: uma garantia, digamos assim, para a execução da sentença de morte em tempo e lugar determinados, ou então uma suspensão da execução oriunda de um tribunal de apelação. Espera-se que essa outra pessoa – o diretor prisional, para simplificar – determine qual dessas ordens será cumprida, de acordo com alguns princípios altamente arbitrários e hierárquicos, que em nada têm a ver com os méritos ou deméritos relativos aos argumentos que justificam as respectivas posições substantivas.

É crucial notar aqui que, caso o diretor cesse de prestar sua atenção relativamente automática às ordens que emanam dos juízes de acordo com essas regras e princípios arbitrários e, às vezes, rigidamente hierárquicos, então os juízes perderiam sua capacidade de praticar violência, só lhes restando, então, a oportunidade de persuadir o diretor e seus subordinados a praticá-la. Por outro lado, o diretor e seus subordinados perderiam sua capacidade de transferir para o juiz a responsabilidade moral primária pela violência que eles próprios executam. Eles próprios teriam que assumir as justificativas para a violência, tornando, assim, o julgamento uma espécie de audiência preliminar. Existem, de fato, muitas prisões nesse mundo que comportam alguma semelhança com essa situação hipotética. Existem sistemas em que as decisões punitivas mais significativas são feitas por aqueles que praticam ou possuem supervisão direta sobre a própria prática da violência.

Nós fizemos algo estranho em nosso sistema. Nós separamos rigidamente o ato de interpretação – de compreensão do que deveria ser feito – da execução "do que deveria ser feito" por meio de violência. Ao mesmo tempo, ao menos no direito penal, estabelecemos uma rígida conexão entre a execução das ordens judiciais e o ato de interpretação judicial, por meio de hierarquias relativamente inflexíveis de pronunciamentos judiciais e obrigações firmes da parte dos agentes públicos encarregados de cumpri-los. Os juízes estão assim tanto separados como inextrincavelmente ligados aos atos que eles autorizam.

Essa estranha – porém familiar – característica do ato de julgar nos Estados Unidos tem como efeito garantir que nenhum juiz *aja* sozinho. O "juiz Hércules"[61] de Dworkin pode parecer uma construção útil para entender como a mente do

---

[61] O Hércules de Dworkin aparece primeiro no artigo "Hard Cases". Dworkin, *Hard Cases,* 89 HARV. L. REV. 1057 (1975). Depois aparece novamente em LAW'S EMPIRE, *supra*, nota 2, p. 239-75, quando então assume as vestes de um modelo de juiz de "integridade" – o que, para Dworkin, não parece ser uma qualidade essencialmente pessoal, mas, sim, uma postura interpretativa que valoriza a consistência e coerência intelectual. *Id*., p. 164-67.

juiz deveria trabalhar. Mas é enganoso precisamente porque sugere – se é que não exija – um contexto que, nos Estados Unidos, nunca está presente. Pode ou não ter algum sentido pensar sobre a compreensão judicial do direito separada de sua aplicação. Mas uma coisa é quase certa: a aplicação da compreensão jurídica em nosso domínio de dor e morte sempre necessitará da aquiescência ativa ou passiva de outros juízes. É possível mostrar esse argumento por meio da observação mais banal da prática profissional. Se um juiz de primeira instância deseja transformar seu entendimento em ato, deve assegurar que sua decisão não seja revogada. Se for um juiz de apelação, deve garantir que ao menos um outro juiz esteja de acordo com sua decisão. É um lugar-comum que muitas opiniões "majoritárias" carregam as cicatrizes ou marcas de terem sido escritas essencialmente para manter a maioria. Muitas decisões de primeiro grau carregam as cicatrizes de terem sido escritas essencialmente para evitar revogações.

A questão que surge então é: qual o verdadeiro ato de interpretação jurídica? O entendimento hipotético de uma mente única, em uma posição admitidamente hipotética que a torna capaz de tomar decisões finais sozinha? Ou os produtos reais da atuação de juízes sob o constrangimento de uma potencial vigilância do grupo sobre todas as decisões tornadas efetivas por meio de violência coletiva? A decisão singular de um Hércules hipotético provavelmente será mais articulada e coerente do que uma decisão coletiva de vários juízes que podem se comprometer a chegar a ela. Mas o Hyporcules não carrega e nem pode carregar a força da violência coletiva. Esse defeito é intrínseco à definição da interpretação jurídica como uma atividade mental individual em vez da atividade violenta de uma organização de indivíduos.

Sejamos então explícitos. Ainda que seja um pensamento desagradável que dor e morte estejam no centro da interpretação jurídica, que assim seja. Não seria melhor se houvesse apenas uma comunidade argumentativa formada por leitores e escritos de textos – uma comunidade de intérpretes. Na medida em que dor e morte são parte de nosso mundo político, é essencial que elas estejam no centro do direito. A alternativa é verdadeiramente inaceitável: que elas estejam dentro de nossa política, mas fora da disciplina das regras de decisão coletiva e dos esforços individuais para atingir resultados por meio dessas regras. O fato de que necessitamos de muitas vozes não é, portanto, um acidente ou uma peculiaridade de nossas regras jurisdicionais. É algo intrínseco a qualquer sucesso possível na tarefa de domesticar a violência.

CONCLUSÃO

Há uma respeitável tradição que nos faz escutar o juiz como uma voz da razão, a vê-lo como a personificação dos princípios. O atual interesse acadêmico na interpretação – a atenção à comunidade de significado e comprometimento

– não é apologético nem na sua intenção e nem em seu efeito. Essa tendência é, em geral, uma tentativa de sustentar um ideal digno diante do que todos concordaríamos ser uma realidade irreconciliável. Eu não pretendo discutir o impulso que nos leva a fazer esse tipo de crítica.

É perigoso, entretanto, esquecer os limites que são intrínsecos à atividade da interpretação jurídica; exagerar a medida em que qualquer interpretação que faça parte de um ato de violência estatal possa constituir um significado comum e coerente. Enfatizei dois tipos bastante distintos de limites à comunhão e à coerência de significado que se pode atingir. Um tipo de limite, de caráter prático, resulta da organização social da violência jurídica. Nós vimos que a responsabilidade pela violência deve ser compartilhada para que se possa exercê-la de forma segura e efetiva; o direito deve operar como um sistema de estímulos e sinais para muitos atores que, do contrário, seriam relutantes, incapazes ou irresponsáveis em seus atos violentos. Essa organização social de violência se manifesta nas regras e princípios secundários, que geralmente asseguram que nenhuma mente ou vontade única irá causar os resultados violentos que derivam de compromissos interpretativos. Nenhum indivíduo pode, sozinho, tornar qualquer interpretação operante enquanto direito – enquanto autorização para um ato violento. Embora uma convergência entre todos os entendimentos dos atores jurídicos relevantes não seja necessariamente impossível, ela é, de fato, bastante improvável. E, por óbvio, não podemos escapar da multiplicidade de mentes e vozes de que a organização social do direito-como-violência necessita em troca de algum processo decisório hipotético que reuniria muitas vozes em uma só. Sabemos que, a não ser nas ditaduras, não há nenhuma regra de integração que necessariamente irá atender as condições elementares de racionalidade das relações contidas nas escolhas sociais que fazemos.[62]

Ainda que nossas regras decisórias sociais não possam garantir a coerência ou a racionalidade do significado, elas podem e de fato geram ações violentas que podem ter significados coerentes distintos para ao menos um dos atores relevantes. Só nos resta, portanto, esse mundo real da organização do direito-como-violência, com decisões cujo significado, se for comum, provavelmente não será coerente – e provavelmente não será comum se for coerente.

Esse limite prático e contingente à interpretação jurídica é, no entanto, o menos importante e o menos profundo dos dois tipos de limites que apresentei. Se prestarmos atenção verdadeiramente à interpretação jurídica da forma como ela é praticada no campo do medo, dor e morte, veremos que o principal impedimento à obtenção de um significado comum e coerente é um limite necessário, intrínseco a essa atividade. Juízes, agentes públicos, opositores, mártires, dire-

---

[62] K. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES (1951).

tores prisionais, acusados – todos eles podem ou não compartilhar textos comuns; podem ou não compartilhar um vocabulário comum, um acervo cultural comum de gestos e rituais; podem ou não compartilhar uma concepção filosófica comum. Haverá, dentro do imenso panorama humano, graus contínuos de comunhão acerca de qualquer um desses elementos. Mas enquanto a interpretação jurídica for constitutiva tanto de comportamentos violentos como de significado, enquanto houver gente disposta a usar ou a resistir às organizações sociais de violência para tornar suas interpretações reais, então sempre haverá um limite trágico em relação ao significado comum que pode ser alcançado.

Autor e vítima da violência organizada terão experiências significativas dolorosamente desiguais. Para quem perpetra a violência, a dor e o medo são remotos, irreais e amplamente não compartilhados. Por esse motivo, quase nunca fazem parte de artefatos interpretativos, tais como a opinião judicial. Por outro lado, a justificação da violência é importante, real e cuidadosamente cultivada para aqueles que a impõem. Para a vítima, inversamente, a realidade e a significância da justificação da violência retrocedem de forma proporcional à esmagadora realidade de dor e de medo sofridos.

Entre a ideia e a realidade do significado comum cai a própria sombra da violência do direito.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1934: INTERFACES ENTRE O DIREITO E A HISTÓRIA

THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1934: INTERFACES BETWEEN LAW AND HISTORY

Paulo Sérgio da Silva*

RESUMO

O presente texto discute as interfaces entre História e Direito e propõe um novo olhar e uma original forma de leitura do emaranhado jurídico constitucional, aplicando-o à investigação e à interpretação da Constituição brasileira de 1934. Retrata o Governo Vargas, no momento de sua transição de Provisório a Constitucional, assim como as forças políticas em evidência, as condições institucionais e ideológicas presentes na realidade nacional, a partir das quais e sob quais condições ocorreu o estabelecimento daquela Carta Magna, marcada pelo ensaio de sinergia entre a definição e a manutenção de garantias liberais e a tentativa de implantação de princípios de justiça social e de um novo projeto de desenvolvimento econômico nacional.

Palavras-chave: História e direito; Constituição brasileira de 1934; Governo Vargas; Liberalismo; Ordem econômica e social.

ABSTRACT

This text discusses the interfaces between History and Law and proposes a new look and an original way of reading the constitutional legal tangle, applying it to the investigation and interpretation of the Brazilian Constitution of 1934. It portrays the Vargas Government at the time of its transition from Provisional to Constitutional, as well as the political forces in evidence, the institutional and ideological conditions, present in the national reality, from which and under which occurred the establishment of that Magna Carta, marked by the synergy test between the definition and the maintenance of liberal guarantees and the attempt to implement principles of social justice and a new project of national economic development.

* Professor-Associado na Universidade Federal de Uberlândia – Instituto de História. Doutor em História e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). E-mail: paulosilva@ufu.br.

Keywords: History and law; Brazilian constitution of 1934; Vargas government; Liberalism; Economic and social order.

INTRODUÇÃO

É fato que a maioria das unidades políticas contemporâneas, organizadas territorialmente e soberanamente geridas, possui um sistema de Direito, racional ou dogmatizado, costumeiro ou escrito, e a sua função é sempre a mesma: limitar o uso da violência individual e institucional e ordenar/organizar a vida deste grupo, mediante um conjunto de regras comuns que visa manter a sobrevivência e estrutura desta comunidade.

O Estado,[1] organização política de uma dada comunidade, mostra-se como uma ordenação social diretamente relacionada a uma regulamentação jurídica. Consubstancia-se por intermédio de um complexo de normas que permitem, garantem e preservam a existência do grupo, mediante o desenho institucional de suas estruturas de poder, esclarecem as regras de funcionamento deste arcabouço institucional, e, finalmente, asseguram e estipulam uma teia de direitos e deveres recíprocos, cuja observância, na perspectiva de seus destinatários (governantes e governados), é obrigatória, sob a ameaça de sanções (execução forçada, prisão, restrição de direitos etc.).

No exercício do poder estatal, legitimar não deixa de relacionar-se ao ato de legalizar, como bem destacou Weber ao apontar que a crença na validade de um estatuto (legalidade) e na sua competência objetiva é capaz de favorecer a disposição de obediência, ou seja, fomentar o cumprimento de deveres estipulados, sob a forma de prescrições impessoais e objetivas ditadas por autoridades legalmente instituídas. Portanto, "todo poder estatal tem que, por necessidade existencial, aspirar a tornar-se um poder jurídico, mas isto significa não somente atuar enquanto um poder no sentido técnico jurídico, mas também valer-se como autoridade legítima que obriga moralmente a vontade".[2]

Ou seja, o Direito converteu-se em uma necessidade imposta ao exercício do poder estatal que se pretenda permanente, tanto do ponto de vista moral quanto técnico. A formatação jurídica tornou-se um instrumento essencial para que as dominações transitórias convertam-se em "situações de dominações relativamente duradouras", pois trata-se de um meio que permite a transposição da volatilidade rumo à organicidade de estruturas de poder estável, de forma a

---

1 *Vide* HOBBES, Thomas. *Leviatã* (ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil). São Paulo: Nova Cultural, 2000; WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990. p. 185 e SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. São Paulo: Vozes, 1995.

2 HELLER, Hermann. Teoria do estado. *In:* CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política e sociedade*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1983. v. I. p. 79-111 e 235.

consolidar a dominação.[3] Pois, "na dinâmica das relações de dominação histórico-sociais uma situação de poder se converte num *status* político unicamente graças ao Direito, sem suas características normativas e técnica faltaria ao Estado permanência e estrutura, é dizer não teria, em geral, existência".[4]

Portanto, quer seja visando à construção de uma técnica de poder (composição de uma situação de dominação relativamente duradoura) ou uma justificativa ética moral (legitimidade vinculada à legalidade), todo poder político necessita tornar-se poder juridicamente organizado.

DIREITO E HISTÓRIA: A ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA ANÁLISE

Sabe-se que as normas jurídicas não se dão em abstrato, mas, sim, que são estabelecidas, desejadas e constituídas por sujeitos históricos. Portanto, o problema do Estado e do Direito só é satisfatoriamente compreendido quando se considera o dever-ser jurídico, como querer humano, como objetivação de um ato de decisão.[5]

As normas estabelecem mandamentos, prescrições, conferem, permitem ou derrogam poderes e, em qualquer das suas funções, elas apresentam um comando variante em conteúdo, mas que será expresso por meio de um enunciado linguístico, que será remetido à noção de dever-ser.[6] Ao fixar uma determinada conduta como devida, ela não é meio nem fim, no sentido da necessidade causal da relação meio- fim, em que a um meio específico e necessário corresponde um determinado fim ou em que a um fim determinado corresponde um meio necessário. A norma não é fim porque *o fim do dever-ser está expresso no ato de vontade que cria a norma,* e não é meio porque as condutas estipuladas far-se-ão, na realidade, por outros meios que não a norma. O comando normativo nada mais é do que a expressão de um ato de vontade tomado pelo ser humano que fixou e que tem algo em vista e persegue um fim, quer algo.[7]

Ao se tomar o dever-ser expresso no enunciado linguístico como a formulação de um ato de vontade, é possível antever uma estreita e necessária vinculação entre ele e o ente a partir da qual a norma jurídica é emanada à sua vontade criadora. Ao prescrever condutas, conferir, permitir ou derrogar poderes, as leis sempre têm o sentido de um ato de vontade, tanto no momento de sua definição (escolha e determinação do conteúdo normativo) quanto na expectativa

---

3 *Id.*, p. 105.
4 *Id.*, p. 212.
5 *Id.*, p. 207.
6 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 1.
7 *Id.*, p. 13-16.

de correspondência das condutas dos destinatários das normas com a prescrição feita. Ao serem desvendados enquanto atos de vontade, eles, necessariamente, devem ser remetidos à discricionariedade, à voluntariedade dos pensamentos e do arbítrio humano.[8]

O estabelecimento da prescrição normativa apresenta dois momentos distintos: primeiro, uma vontade atuante valora e seleciona, entre as diversas alternativas, uma dada conduta que será prescrita e estabelecida. Posteriormente, tal vontade enuncia a sua prescrição ou mandamento mediante uma expressão linguística imperativa que transmite a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer de determinada forma.[9]

Em suma, as normas jurídicas são expressões linguísticas que atribuem e estipulam condutas, discricionariamente estabelecidas, graças a atos de vontade de determinados entes, inseridos e presos à realidade social e política, que são aplicadas como disposições obrigatórias ao conjunto de pessoas residentes num dado território, garantidas pelo poder estatal de constranger, mediante a aplicação da força hierarquizada (polícia) e de aparelhos institucionais (sistema judiciário e penitenciário).

Delineado por indivíduos espaço-temporalmente determinados, condicionados e em dados contextos específicos e sujeito a dinâmica do devir histórico, o Direito encontra-se prenhe da realidade que lhe dá contornos e na qual é aplicado. Ele é histórico não *por si, nem em si*, mas graças à especificidade do agrupamento social que o cria, mantém e o sustenta em dadas circunstâncias e numa determinada época e que lhe fornece conteúdo e orientação. Não está determinado idealmente em valores desprendidos da existência e atividade humana, existente em si e por si. Ao contrário, é criado pela atividade humana, posto em vigor, conservado e aperfeiçoado por intermédio dela.[10]

Embora a relação entre direito e realidade política seja um traço comum a todos os ramos da ordenação jurídica, a estreita vinculação do direito com a política e, notadamente, com a história, tem um lócus privilegiado de análise, que é a gênese constitucional, ocasião primaz em que as mediações, valorações e expectativas de comportamento vêm à tona e tem de ser mediadas pelo poder político, no transcurso da reconfiguração do arcabouço normativo constitucional.

A constituição é o estatuto organizativo das estruturas do Estado (poderes, órgãos e competências etc.) e da sociedade civil (formas de representação, direitos e garantias, deveres etc.), emergente e imersa no contexto histórico político

---

8 *Id.*, p. 6.

9 *Id.*, p. 34.

10 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 35-36.

do qual surge e no qual deve atuar, no qual estão expressos a sua estruturação primordial, os seus fins e a sua identidade. Ela é o resultado da vontade de um poder constituinte[11] cuja formação, extensão e amplitude estão diretamente vinculadas a questões reais de "poder", de "força" ou de "autoridade política" relacionada a indivíduos ou grupos sociais em condições de em uma determinada situação histórica a criá-la e a garantir, como nova lei fundamental da unidade política, refundando os parâmetros legais da comunidade.[12]

A vontade que estabelece uma nova constituição é imperativa naquele momento, não por meio do direito – até porque a criação de uma nova carta, no seu sentido lato, implica, via de regra, a suspensão daquela que substitui –, mas pela legitimidade (obtida pelo consenso ou pela força) do poder daquele que institui a nova ordem. Ela é indissociável do processo político que lhe sustenta, quer seja uma assembleia, um conselho, ou até mesmo da força militar, em situações de golpe.

Com uma índole exclusivamente política, as maneiras de adquirir o poder constituinte originário perpassam os diversos mecanismos e meios de ascensão e sobreposição política de indivíduo(s) ou de grupos políticos. Assim sendo, a sua insígnia pode ser ostentada em distintas situações por força(s) política(s) diversa(s): uma assembleia constituinte (numa transição democrática), um grupo revolucionário ou mesmo por um ditador (em casos de um golpe de Estado, por exemplo). Basta que, em uma situação concreta, alguma destas forças políticas detenha a capacidade/faculdade de tomar decisões, quer seja pela legitimidade ou em virtude do poder das armas, e tome para si a tarefa de estabelecer e impor uma nova ordenação constitucional ao país, que, uma vez estipulada, tornar-se-á imperativa até o momento que for novamente reconfigurada.

Desta feita, a análise da sua urdidura deve levar em conta a discussão da legitimação e legitimidade de uma ordem constitucional, indicar a necessidade de ultrapassar o debate filosófico e jurídico e indagar sobre as razões, condições e justificativas do exercício do poder político, em busca de respostas sobre os meios/formas pelos quais a legitimação se desenvolveu numa perspectiva histórica, ancorada em práticas juridicamente reguladas.[13]

A questão da historicidade das constituições reconduz ao problema do homem como sujeito e objeto da história, à essência social deste, à "dinâmica" da própria vida na sua temporalidade, transição, mutabilidade e contingência. Ou seja, é necessário entender que a sociedade se "produz", e o direito, como

---

[11] Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado. s./d. p. 24-25, 30 e 86; BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

[12] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição.* Lisboa: Almedina, 1998. p. 59.

[13] *Id.*, p. 13-17 e 131-132.

prática social, não tem uma historicidade específica, uma vez que a sua historicidade insere-se na historicidade global da sociedade.[14] É necessário recolocar a "consciência humana" no centro da teoria da constituição, de forma a poder afirmar que também aqui de um "ser história" e não apenas de um "ter história"[15], mediante o entendimento de que focar o sentido histórico do direito constitucional é imprescindível porque ele se trata de mais uma dentre as várias realizações humanas na História.

Considerar a historicidade do direito, especialmente no tocante à elaboração constitucional, é imprescindível para avançar na sua análise e essencial para a sua compreensão. Há que identificar os atores, reconhecer os conflitos evidentes e sub-reptícios, as artimanhas, as estratégias e os jogos de poder individuais e coletivos, as circunstâncias sociais, econômicas e políticas nas quais e sob as quais o desenho constitucional foi gestado e implantado. Tal desafio é enorme, de fato, mas o seu enfrentamento tem, entre outras vantagens, o mérito de conferir "vida", "conteúdo", "músculos e nervos" às análises e a compreensão de/sobre o usualmente pálido esqueleto constitucional, além de recolocar a discussão da/sobre a História no campo do direito constitucional. Fundamentos e proposta a partir dos quais se faz, a seguir, um ensaio de aplicação à Constituição brasileira de 1934, a de mais breve vigência no país.

O GOLPE DE 1930 E OS NOVOS PARÂMETROS POLÍTICOS, SOCIAIS E ECONÔMICOS

No decorrer da década de 1920, desestruturou-se progressivamente o sistema social, político e econômico sob o qual repousavam as estruturas da República Velha. O padrão de desenvolvimento capitalista, com base na monocultura e na exportação agrícola, inviabilizou-se enquanto forma de acumulação. Desfez-se o consenso oligárquico que sustentava o predomínio dos interesses dos cafeicultores sobre a nação, observaram-se uma crescente urbanização e o início de um incipiente processo de industrialização, até então predominantemente agrário, ao passo que os inconformismos contra o regime começavam a percorrer a sociedade brasileira, eclodindo em manifestações políticas, tais como o tenentismo.

Ao final da década de 1920, por ocasião da sucessão presidencial, a crise política ganhou novo fôlego, adquirindo contornos inéditos em virtude da indicação de Washington Luís, como candidato governista à sucessão do paulista Júlio Prestes, ao invés do mineiro Antônio Carlos. Interessava ao então Presidente da República que o sucessor mantivesse o seu plano de estabilização financei-

---

14 *Id.*, p. 131-132.
15 *Ibid.*

ra, e tal postura significou o fim de uma aliança, presente há décadas na política brasileira. O resultado do rompimento do pacto Minas/São Paulo foi a aglutinação da oposição por meio da formação da Aliança Liberal, e o subsequente lançamento da candidatura de Getúlio Vargas para a presidência e do paraibano João Pessoa para vice, com o apoio da oligarquia mineira, do Partido Democrático Paulista e outros setores civis e militares[16].

Nas eleições realizadas em março de 1930, venceu o candidato presidencial, Júlio Prestes. Entretanto, se parte da oposição acatou os resultados, outra, ligada aos "tenentes" e aos setores mais exaltados da oligarquia, iniciou articulações visando um levante armado.[17] Prosseguiam-se infindáveis negociações retardando as ações militares dos "revolucionários" contra o governo de Washington Luís. Todavia, em 26 de julho, o inesperado assassinato de João Pessoa[18], presidente da Paraíba e candidato derrotado à vice-presidência na chapa da Aliança Liberal, estimulou as adesões e acelerou os preparativos para a deflagração do golpe.

Alçado à condição de mártir da revolução, João Pessoa foi enterrado no Rio de Janeiro, num funeral que provocou grande comoção popular, levando setores do Exército, antes reticentes, a apoiar a causa revolucionária. Enfim, em 3 de outubro, sob a liderança civil do gaúcho Getúlio Vargas e sob a chefia militar do tenente-coronel Góes Monteiro, instauraram-se as ações militares, dando início simultaneamente ao movimento no Rio Grande do Sul, em Minas Gerais e no Nordeste, os três pilares do movimento.

À medida que os rebeldes marchavam para o Rio de Janeiro, o Presidente Washington Luís viu seu poder ruir, a ponto de perder o comando militar do governo.[19] Diante da ocupação de capitais estratégicas e do deslocamento de forças rebeldes em direção a São Paulo, oficiais generais pressionaram o Presidente da República para que renunciasse, orientação que ele não seguiu, levando-os a cercar o palácio Guanabara e a determinar a sua prisão, em 24 de outubro de 1930. Foi estabelecida uma Junta Provisória de Governo, composta pelos generais Tasso Fragaso e João de Deus Mena Barreto e o almirante Isaías de Noronha, e, diante das pressões das forças revolucionárias, eles finalmente decidiram transmitir o poder a Getúlio Vargas, em 3 de novembro. A partir daí, chegava ao fim a Primeira República, e começava um novo período da história política brasileira, com Getúlio Vargas à frente de um Governo Provisório.

Da decepção dos mineiros, do seu partido republicano e do Governador Antônio Carlos nasceram a intriga, a manobra e os ardis, cindindo os dois par-

---

16 SKIDMORE, Thomas. *Brasil:* de Getúlio a Castelo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 26-27.

17 *Id.*, p. 23.

18 *Ibid.*

19 *Id.*, p. 23-25.

ceiros comandantes da República. Os grupos dirigentes de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba uniram-se às oposições locais, sobretudo às do Partido Democrático de São Paulo, do Partido Libertador e do Distrito Federal e aos tenentes, integrados sob o lema da bandeira liberal, tendo a sua frente Getúlio Vargas, que, sobrepondo-se às escaramuças dos bastidores, foi elevado à condição de candidato presidencial da aliança estabelecida.[20] Enfim, rompido o equilíbrio do regime oligárquico assentado no eixo estabelecido entre os Estados de Minas Gerais e São Paulo, impôs-se a necessidade de uma nova estruturação do poder.[21]

Pelo Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, ao Governo Provisório atribuiu-se o exercício discricionário – em toda a plenitude das funções – do Poder Executivo e do Legislativo até que uma Assembleia Constituinte, a ser eleita no futuro, reorganizasse constitucionalmente o país. Ao assumir o governo, Getúlio Vargas ordenou imediatamente a ocupação, por tropas federais, dos vários Estados da União, afastou todos os governadores, com exceção de Minas Gerais, nomeando interventores militares para substituí-los, fechou o Congresso Nacional, as Assembleias Estaduais e as Câmaras Municipais. As milícias estaduais, conhecidas como Forças Públicas, auxiliadas pela polícia, passaram a controlar todo o território nacional, e ninguém conseguia deslocar-se de uma cidade para outra sem um salvo-conduto militar.[22]

Ao chegar ao poder, Getúlio parecia anunciar uma época auspiciosa. O jovem líder era ovacionado nas ruas por homens, mulheres, crianças, e principalmente soldados – "era a promessa de uma nova era, da moralização dos costumes políticos e sociais". A república velha parecia sepultada definitivamente, e a capital (Rio de Janeiro) transformou-se numa festa. Multidões aclamavam o recente dirigente, um tipo de messias moderno que deveria readaptar o Brasil ao século XX e aos avanços tecnológicos, alguém que imprimiria outra dinâmica econômica e social ao país. Um homem que conduziria a nação inteira a uma distinta realidade.[23]

A construção da legitimidade política e a luta pela regularização constitucional

No discurso da Aliança Liberal, o grande vilão, responsável pela crise política, social e econômica do Brasil, era o sistema oligárquico, traidor dos ideais da

---

20 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v. II. p. 308-309.

21 WEFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 49-51.

22 DE PAULA, Jeziel. *1932:* imagens construindo a história. Campinas/Piracicaba: Unicamp/Unimep, 1998. p. 63.

23 CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência:* a polícia na era Vargas. Brasília: UnB, 1993. p. 75.

Constituição de 1891. Para solucionar a precária situação nacional, os revolucionários de 1930 propunham o retorno à pureza dos princípios jurídicos constitucionais, em nome do qual atuaram e em prol de que se aglutinaram por ocasião de sua derrota nas urnas. Alegavam que a revolução tinha o objetivo primordial de combater a corrupção política e moral plantada na nação, por meio da extinção do "voto de cabresto", das atas falsas e do "curral eleitoral", hábitos denunciados como incompatíveis com os ímpetos da modernidade de uma sociedade cada dia mais complexa.[24]

Todavia, se a Revolução, levada avante graças a um tácito compromisso entre camadas médias e alguns setores tradicionais, buscou novos fundamentos para legitimar a reformulação do poder deslocando a representação política dos interesses cafeeiros, não se pode negar o fato de que o café ainda era a base decisiva da economia.[25] Na situação política desenhada a partir de então, os senhores do poder político desvincularam-se dos grupos dominantes da esfera econômica. Introduziu-se, dessa forma, uma cisão entre o Estado e a economia, verificou-se uma fissura entre o novo governo e a oligarquia cafeeira, rompendo-se a noção desta como expressão daquele.[26]

A partir de 1930, abriu-se campo para a construção de um Estado entendido como um órgão (político) desvinculado dos interesses imediatos e sobreposto ao conjunto da sociedade, como soberano. Surgiram na história brasileira novos personagens – o povo e a nação – colocados como fonte de legitimidade do poder político. Se, de fato, as massas somente assumiram este papel com clareza após a redemocratização, em 1946, não obstante as condições que tornaram possível este mecanismo foram anunciadas na reformulação institucional aberta.[27]

No plano econômico, a inovação assentou-se na passagem de um sistema de base agroexportadora para uma sociedade urbano-industrial. Com isso, não se afirma, peremptoriamente, que a construção do capitalismo industrial no Brasil tenha sido efetuada a partir de 1930, mas sabe-se que a consolidação da ordem industrial ocorreu anos depois, particularmente com a expansão impulsionada pelas políticas do governo Kubitschek. Todavia, cabe destacar que, a partir da chegada de Getúlio Vargas ao poder, foram lançados os fundamentos necessários para o desenvolvimento dessa inédita ordem socioeconômica, haja vista o simples fato do trânsito de uma sociedade com perfil agrário agroexportador de caráter primário para um corpo social mais complexo e diferenciado,

---

24 CAMARGO, Aspásia *et al*. *O golpe silencioso*: as origens da república corporativa. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1989. p. 26-27.

25 WEFORT, Francisco. *Op. cit.*, p. 49-51.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

deslocando-se do eixo econômico central da exportação agrícola para o industrialismo urbano.[28]

O governo de Vargas inseriu na agenda do Estado brasileiro políticas de caráter intervencionista e regulador, inspiradas em ideias nacionalistas e desenvolvimentistas partilhadas por várias forças sociais. Contando com o apoio político e militar dos tenentes, agregados em torno do Clube 3 de outubro, de empresários, industriais, políticos e intelectuais, um original desenho institucional foi implantado e trouxe consigo orientações econômicas inovadoras.

Ao suspender a Constituição de 1891, o governo provisório havia atribuído a si poderes discricionários concernentes às funções executivas e legislativas, até que uma nova Assembleia Constituinte reorganizasse o país. Desse modo, Getúlio Vargas, nos seus primeiros anos de governo, "mandava com seus ministros, legislava com eles e com eles julgava num tribunal; sem códigos, substantivos e nem adjetivos, sem constituição, sem nada que não fosse a sua livre vontade e de seus ministros; legisladores e juízes ao mesmo tempo".[29]

Progressivamente, os segmentos promotores da revolução de 1930 dividiram-se: de um lado, alinharam-se os partidários de um retorno à ordem jurídica e institucional, preocupados com a *provisoriedade* de um regime com poderes discricionários, prolongando-se além do *estritamente necessário,* o que traía os ideais da Aliança Liberal. Em outro extremo, postaram-se setores da mesma revolução, com a alegação de que a *revolução* não deveria ser *desperdiçada* com a volta prematura das normas políticas administrativas expurgadas pela campanha de 1930. Fincavam o pé na defesa da permanência do governo provisório para que houvesse a instauração de uma nova ordem social no Brasil, via continuidade do controle, canalização e tutela da sociedade por um Estado forte, nacionalista e autoritário.[30]

Neste cenário, aumentaram as pressões pela implantação de uma nova constituição, bandeira levantada pelos constitucionalistas liberais e tremulada como lema por São Paulo, por ocasião da Revolução de 1932, formalmente instituída em julho daquele ano, por meio da proclamação da "Junta Revolucionária", subscrita pelo governador nomeado por Vargas, Pedro de Toledo, pelo representante do PD, Francisco Morato, do PRP, Pádua Sales, e ainda, por dois destacados generais, Isidoro Dias Lopes e Bertoldo Klinger. Gerado por uma forte oposição a Getúlio, em virtude de um forte antagonismo regional, o movi-

---

28 DINIZ, Eli. Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais. *In:* PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o estado novo.* Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 24-25.

29 PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Estratégias da ilusão*: revolução mundial e o Brasil 1922-1935. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 269-271.

30 PAULA, Jeziel. *Op. cit.*, p. 62.

mento paulista não obteve o apoio prometido por Minas e Rio Grande do Sul, durou somente três meses e acabou sufocado.[31]

O impasse entre as pressões pela reconstitucionalização e a simpatia pela permanência do regime provisório, postulada, sobretudo, pelos tenentes, culminaram com a vitória dos liberais, sendo a eleição da futura Assembleia Constituinte regulamentada pelo Decreto n. 21.402, de 15 de maio de 1932, a ser realizada em fins de 1933.[32]

Cabe salientar que, já neste curto espaço de tempo, o governo Provisório de Vargas avançara substancialmente no campo eleitoral e na esfera trabalhista: promulgara diversos decretos relacionados à normatização da vida dos trabalhadores, com destaque para a nacionalização, a regulamentação das ocupações femininas, do serviço no comércio e na indústria e das convenções coletivas. Na área eleitoral, decretou um Código Eleitoral que reduziu o limite de idade ao eleitor de 21 para 18 anos, concedeu pela primeira vez o voto às mulheres, criou a Justiça Eleitoral e implantou o escrutínio secreto. É bom lembrar que tais medidas, em seu conjunto, permitiram um imediato apoio urbano ao governo.

Controlada a revolução constitucionalista e firmadas as datas do pleito, deu-se início à campanha eleitoral para a Assembleia Nacional Constituinte. As forças políticas se reorganizaram para aquela que seria a primeira votação, desde o golpe, a ser realizada segundo os novos procedimentos introduzidos pelo Código Eleitoral de 1932. Conforme o programado, os sufrágios realizaram-se em maio de 1933, apresentando como resultado uma clara vitória dos grupos políticos regionais. Em julho do mesmo ano, as entidades de classe indicaram os seus representantes, instalando-se, em 15 de novembro, a Assembleia Constituinte.

Os trabalhos dos constituintes foram muito tumultuados em decorrência dos antagonismos presentes na Assembleia e pelo fato de que as oligarquias, a despeito das medidas "saneadoras" promovidas pelo governo, ainda tinham um forte peso.[33] Logo nas primeiras votações, os representantes classistas, aliados aos tenentes, transformaram-na em Câmara de Deputados, com poderes para eleger o Presidente da República.

Marcada por entrechoque de tendências ligadas ao liberalismo anterior e até mesmo eflúvios do fascismo italiano, tendo como base um anteprojeto, previamente elaborado pela chamada Comissão do Itamarati e dirigido por Afrânio

---

31 CAPELATO, Maria Helena. *O movimento de 1932 e a causa paulista*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

32 CAMARGO, Aspásia. *Op. cit.*, p. 26-27.

33 PENNA, Lincoln de Abreu. *República brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 172-174.

de Melo Franco, a Assembleia Constituinte, após oito meses de trabalho, deu por encerrada a sua tarefa, e a nova Constituição foi promulgada em 16 de julho de 1934.

A CONSTITUIÇÃO DE 1934: ENTREMEIOS ENTRE GARANTIAS LIBERAIS, JUSTIÇA SOCIAL E INTERVENÇÃO ECONÔMICA

Pela carta de 1934, assegurava-se a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos referentes à liberdade, à segurança individual, à propriedade e inovou ao estabelecer a garantia à subsistência (art. 113, *caput*). Confirmou-se o princípio da legalidade, ao determinar que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, assim como a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 113, §§ 2º e 3º, respectivamente).

Dispôs-se que, por motivo de convicção filosófica, ninguém seria privado de qualquer dos seus direitos, salvo (art. 111, *b*) isenções de ônus ou serviço que a lei impusesse aos brasileiros por motivos de convicção religiosa, filosófica ou política (art. 113, § 4º). Instituiu-se como inviolável a liberdade de consciência e de crença, garantindo-se o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes (art. 113, § 6º); aos cemitérios continuou atribuindo-se caráter secular e administração municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, entretanto, permitiu-se às associações religiosas manterem cemitérios particulares, sujeitos, porém, a fiscalização das autoridades competentes e sendo-lhes proibida, neste caso, a recusa de sepultura onde não houvesse cemitério secular (art. 113, § 7º).

Determinou-se que o sigilo de correspondência era inviolável, que em qualquer assunto seria livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometesse, nos casos e pela forma que a lei determinasse. Assegurou-se o direito de resposta e vedou-se o anonimato e a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social (art. 113, § 8º).

Foi diferenciada a liberdade de reunião da liberdade de associação, não somente por diferentes enunciados, mas também por distintos regimes de atribuições para controle e vigilância. Dessa forma, o controle policial era admitido para as reuniões, e a inspeção do judiciário prescrita para as associações.

O inciso II do art. 113 tornou lícito a todos a reunião sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou estabelecer a ordem pública, mas podendo, com este fim, designar o local onde ela devesse ser realizada, contanto que isto não a impossibilitasse ou a frustrasse. Quanto à liberdade de

associação, resolveu-se que, para fins lícitos, ela seria assegurada, vedando-se a dissolução compulsória de qualquer associação, que poderia ser desfeita tão somente por sentença judiciária (art. 113, § 12).

Garantiu-se o livre exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecesse, ditadas pelo interesse público (art. 113, § 13) e atestou-se a inviolabilidade da casa, enquanto asilo do indivíduo, protegido de penetrações sem o consentimento do morador durante a noite, com exceção daquelas feitas no intuito de acudir a vítimas de crimes ou desastres, e ao longo do dia, senão nos casos e pela forma prescrita em lei (art. 114, § 16).

No que concerne ao direito de propriedade, convencionou-se garanti-lo, embora de uso limitado à compatibilidade com o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse. Ou seja, o direito de propriedade foi assegurado, mas não poderia ser exercido contra o bem comum. No caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, esta deveria fazer-se mediante os termos da lei e diante de prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderiam as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde exigisse o interesse público, ressalvado o direito à indenização ulterior (art. 113, § 17).

Fixou-se o direto dos autores para com os seus inventos industriais, por meio de privilégios permanentes ou da concessão de justo prêmio quando a vulgarização do invento conviesse à coletividade (art. 113, § 18). Asseguraram-se a propriedade das marcas de indústria e comércio e o monopólio do uso do nome comercial (art. 113, § 19). Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas ficou estabelecido o direito exclusivo de reproduzi-las, atestando que tais direitos transmitir-se-iam aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinasse (art. 113, § 20).

No campo da liberdade individual, o artigo 113, § 21, dispunha que ninguém seria preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. Ao passo que a prisão ou detenção de qualquer pessoa deveria ser imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxaria se ela não fosse legal e promoveria, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora. Dispôs-se que ninguém ficaria preso, caso prestasse fiança idônea, nos casos admitidos em lei (art. 113, § 22), e que se daria *habeas corpus* sempre que alguém sofresse ou se se visse ameaçado de sofrer violência ou coação na sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder, ressalvando-se que nas transgressões disciplinares ele não cabia (art. 113, § 23).

O *habeas corpus* permaneceu restrito à esfera da liberdade de locomoção; os provimentos processuais de urgência e de boa acessibilidade às numerosas necessidades de reparação de direito foram retomados via instituição do **man-**

dado de segurança, atribuído aos casos de defesa de direito certo e incontestável, ameaçado por ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade, que deveria seguir o mesmo encadeamento processual do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada, não prejudicando as ações petitórias competentes (art. 113, § 33).

No campo do processo criminal, a Constituição de 1934 introduziu a assistência judiciária aos necessitados, estipulando-a como encargo da União e dos Estados federados e até especificando que estas entidades deviam criar, para esse efeito, órgãos especiais e assegurar a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos (art. 113, §§ 24 e 32). Ainda nesse aspecto, ficou estabelecido que: não haveria foro privilegiado ou de exceção, admitindo-se, todavia, juízos especiais em razão da natureza das causas (art. 113, § 25); ninguém seria processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita (art. 113, § 26); a lei penal somente retroagiria quando beneficiasse o réu (art. 113, § 27); nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente (art. 113, § 28); não haveria pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro (art. 113, § 29); não haveria prisão por dívidas, multas ou custas (art. 113, § 30) e que não seria concedida a Estado estrangeiro extradição política ou de opinião, nem em caso algum, de brasileiros (art. 113, § 31).

Permitia-se a quem quer que fosse representar, mediante petição aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade (art. 113, § 10), e que, em tempo de paz, salvo as exigências de passaporte quanto à entrada de estrangeiros e as restrições da lei, qualquer um poderia entrar no território nacional, nele fixar residência ou dele sair (art. 113, § 14). Foi conferida também ao cidadão a faculdade de, como parte legítima, pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios (art. 113, § 38).

Resolveu-se que, excetuados aqueles que exerciam legitimamente profissões liberais na data da Constituição e aos casos de reciprocidade internacional admitidos em lei, somente poderiam exercê-las os brasileiros natos e os naturalizados que tivessem prestado serviço militar ao Brasil. Não foi permitida, exceto aos brasileiros natos, a revalidação de diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros de ensino (art. 133).

No campo da cidadania, assegurou-se aos brasileiros, de um e de outro sexo, a possibilidade de tornarem-se eleitores, vedando o alistamento dos que não soubessem ler ou escrever, dos soldados, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como dos alunos das escolas militares de ensino superior e dos aspirantes a oficiais, dos mendigos e daqueles

que estivessem temporária ou definitivamente privados dos direitos políticos (art. 108, *caput* e parágrafo único, *a, b, c* e *d).*

Foram considerados inelegíveis, além daqueles que a lei vedava o alistamento, até um ano após a cessação definitiva das respectivas funções, no plano federal, entre outros: o Presidente da República, os Governadores e os Interventores; no plano estadual, entre outros: os Secretários de Estado e os chefes de Polícia; e, no âmbito municipal, entre outros: os Prefeitos (art. 112, *caput,* incisos e parágrafos), ao passo que o alistamento eleitoral e o voto foram considerados obrigatórios para homens e mulheres que exercessem função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinasse (art. 109).

Quanto aos direitos políticos, estes seriam suspensos: nos casos de perda da nacionalidade, pela isenção do ônus ou serviço que a lei impusesse aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção filosófica, religiosa ou política, pela aceitação de título nobiliárquico ou condecoração estrangeira, quando esta importasse restrição de direitos ou deveres para com a República (art. 110, *a* e *b*). Em caso de ocupante de cargo público, a cassação dos direitos políticos acarretaria simultaneamente a privação da lotação por ele ocupada (art. 110, § 1º).

Além de contemplar os principais direitos e garantias individuais, pela Constituição de 1934 foi especificada também uma série de garantias visando orquestrar a ação particular com um harmônico desenvolvimento social e econômico da coletividade nacional, enunciando garantias de ordem econômica e social vinculadas a prerrogativas intervencionistas do governo. Inverteu-se a atribuição do Estado neste caso, que passava de garantidor da liberdade irrestrita ao papel de interventor e gestor, com a finalidade de atuar na proteção do trabalho e da subsistência do homem contra a exploração do próprio homem.

Os parâmetros presentes na regulação constitucional acerca da ordem econômica e social, sobre a família, a cultura e a educação orientavam-se no sentido da composição e a da conciliação das classes, como antídoto à cruel realidade social, com vistas a promover e alcançar uma justiça social. Rechaçou-se a exclusiva primazia dos princípios liberais, procurando combinar os métodos da iniciativa individual com os de planificação econômica e social dos poderes estatais, dotados da faculdade de intervenção no campo das atividades privadas, marchando, assim, para um ideal de democracia social.

O art. 115 da Constituição de 1934 recomendava que a ordem econômica deveria ser organizada segundo princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna, e somente dentro deste limite seria garantida a liberdade econômica. Instituiu-se também que, periodicamente, os poderes públicos averiguariam o padrão de vida nas várias regiões do país.

Estipulou-se que a lei promoveria o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito, a nacionalização progressiva dos bancos de depósito, e a nacionalização das empresas de seguros, em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que, naquele momento, atuassem no país (art. 117), ao passo que foi vedada a usura, que seria punida na forma da lei (parágrafo único deste mesmo artigo). Conferiu-se à União a faculdade, motivada pelo interesse público e autorizada em lei especial, de monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais (art. 116).

Desvinculou-se a propriedade das minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial (art. 118). Determinou-se que a exploração das lavras e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidroelétrica, ainda que de propriedade privada, dependeria de autorização ou concessão federal, na forma da lei, e as autorizações ou concessões seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros (art. 119, *caput* e § 1º). Prescreveu-se que a lei regularia a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país (art. 119, § 4º).

Vedou-se a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou de notícias por sociedades anônimas de ações ao portador e a estrangeiros, sendo que somente brasileiros natos poderiam exercer a responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou jornalística (art. 131). Especificou-se que todos os poderes emanavam do povo e em seu nome seriam exercidos (art. 2º), estabelecendo-se que competia de forma concorrente à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência públicas, fiscalizar a aplicação das leis sociais e difundir a instrução pública em todos os seus graus (art. 10, II, V e VI, respectivamente).

Assegurou-se o reconhecimento de sindicatos e associações profissionais, segundo a forma da lei, atestando a pluralidade e a autonomia sindical (art. 120, *caput* e parágrafo único). Estatui-se que a lei promoveria o amparo à produção e estabeleceria as condições do trabalho nas cidades e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país (art. 121, *caput).*

No que se refere à legislação do trabalho a ser implementada, estipularam-se constitucionalmente os seguintes parâmetros: vedação à diferenciação de salário para um mesmo funcionário, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; criação do salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as

condições de cada região, as necessidades normais do contratado; jornada diária limitada em oito horas diárias; proibição de emprego a adolescentes com menos de 14 anos, em períodos noturnos para jovens com idade mínima inferior a 16, e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres; resguardo ao direito de repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; direito a férias anuais remuneradas; indenização ao operário dispensado sem justa causa; assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante e regulamentação do exercício de todas as profissões e reconhecimento das convenções coletivas (art. 121, § 1º, *a* a *j*). Estabeleceu-se que o labor agrícola seria objeto de regulamentação especial, em que se procuraria fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao lavrador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas (art. 121, § 4º).

Atribui-se à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas, o dever de: assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação deveria coordenar; estimular a educação eugênica; amparar a maternidade e a infância; socorrer as famílias de prole numerosa; proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais (art. 138, *a* a *g*).

Atribuiu-se proteção estatal à família (art. 144), e determinou-se à União, aos Estados e aos Municípios o dever de favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, assim como de proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual (art. 148).

Designou-se a educação como direito de todos, sendo a responsabilidade de ministrá-la atribuída à família e aos poderes públicos, cabendo-lhes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilitasse eficientes fatores da vida moral e econômica da nação e desenvolvesse no espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana (art. 149). Fixou-se que a União e os Municípios aplicariam nunca menos de 10%, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de 20% da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos (art. 156), ao mesmo tempo em que, para o ensino nas zonas rurais, a União reservaria, no mínimo, 20% das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual (parágrafo único do art. 156).

Se, por um lado, é fato que, na composição da Assembleia Constituinte de 1934, as políticas regionalistas estiveram fortemente representadas por meio das bancadas dos grandes estados, por outro, conforme dispusera Getúlio, tais tendências foram neutralizadas por intermédio dos deputados das classes profissio-

nais. Assim sendo, ao final de seus trabalhos, a nova constituição teve o mérito de ser avançada para o campo social, sobretudo ao introduzir direitos trabalhistas (previdência social, criação da Justiça do Trabalho, salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas, férias anuais remuneradas, descanso semanal e garantia da autonomia e do pluralismo sindical – com a derrota do governo que pretendia sindicato único por categoria profissional), dispositivos de caráter nacionalista, em que a inspiração da *Carta del Lavoro* italiana se fez presente.

A representação profissional, inspirada nas Constituições de Weimar (1919) e da Áustria (1920), apesar de recusada pela Subcomissão do Itamarati, foi aprovada no texto final. Tal representatividade, por ocasião do funcionamento efetivo do legislativo federal, funcionou como o braço direito do governo, apoiando a legislação social e o processo de centralização do Estado, fornecendo, ao mesmo tempo, respaldo às posições de Vargas, em aliança com as bancadas do Norte e do Rio Grande do Sul.[34]

Quanto ao executivo, na Constituição de 1934 definiram-se cuidadosa e estritamente os poderes do seu chefe, determinando que, salvo o pleito inicial, feito pela Câmara dos Deputados, o Presidente da República deveria ser eleito pelo voto direto dos cidadãos, para um mandato de quatro anos, sem possibilidade de reeleição imediata.[35] Nesta área, em particular, a Assembleia Constituinte tencionou definir mecanismos de controle eficazes sobre o Executivo, acostumado à tendência centralizadora e autoritária, inaugurada com o Governo Provisório, ligada ao expediente fácil dos decretos-lei.[36]

A Constituição de 1934, sintetizando as contradições presentes na Assembleia Constituinte, ecoando as muitas vozes que tinham influenciado na sua redação, incorporou as ideias dos que se inclinavam em favor do Estado coletivista ou corporativo, e também as preferências dos juristas liberais da velha guarda que, nas palavras de Vargas, "tinham os olhos voltados para trás, para o passado". Dessa babel nasceu uma carta que, mais do que a Constituição de 1891, atribuía ao Governo Federal a responsabilidade para a solução dos problemas sociais, porém a autoridade que era concedida ao Presidente era menor do que a que tinha sido desfrutada por Bernardes e por Washington Luís.[37]

Pouco antes da promulgação da Constituição de 1934, Getúlio outorgou uma quantidade extraordinária de decretos-lei que o Parlamento, por razões práticas ou políticas, não revogou. Pelo art. 18 das "Disposições Transitórias",

---

34 CAMARGO, Aspásia *et al*. *Op. cit*., p. 29.

35 DULLES, John W. F. *Getúlio Vargas*: biografia política. 2. ed. Rio de Janeiro: Renes, 1976. p. 146-148.

36 PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Op. cit*., p. 269-271.

37 DULLES, John W. F. *Op. cit*., p. 146-148.

todos os atos do governo, dos interventores federais e de seus delegados foram aprovados e declarados como não passíveis de exame pelos tribunais. De qualquer modo, a Constituinte estreitou os poderes de Getúlio, até então absolutos, proibiu sua reeleição e aumentou a sua responsabilidade na definição das políticas sociais e econômicas.[38]

Para tratar das políticas agrícolas, industriais e de comércio exterior, criaram-se comissões dentro dos ministérios, nas quais burocratas discutiam com empresários de cada setor as políticas referentes aos seus interesses. Implantaram-se, no âmbito federal, políticas antes adotadas regionalmente, engendraram-se anéis burocráticos, reunindo-se em conselhos, institutos e departamentos funcionários governamentais e empresários (como no caso do café, do açúcar, do cacau, do mate etc.). Os Ministérios da Fazenda e do Trabalho atuaram incorporando os interesses de setores sociais nas políticas do Estado, por meio das comissões de legislação trabalhista e sindical, de tarifas, de similares e do Conselho Federal de Comércio Exterior.[39]

Na esfera social, o Ministério da Educação e Saúde passou a preocupar-se não apenas com a educação, mas principalmente com a formação deste novo homem que pretendia moldar. Buscava-se "elevar" o nível das camadas populares, desenvolvendo uma ação de defesa e difusão da alta cultura, da arte, da música e das letras. Na gigantesca tarefa de forjar a nacionalidade, buscava-se tornar o país homogêneo, aplainando as distinções regionais e raciais que distinguiam negativamente o Brasil. Para tanto, o Ministério da Educação e da Saúde defendia a difusão de maneira pedagógica e propagandística da música, da educação física, do cinema e do rádio.[40]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fruto do seu tempo, filha de sua época, a Constituição brasileira de 1934 traz em si as marcas do contexto político e histórico em que teve lugar. Prenhe de ideais, convicções e projetos políticos vigentes no período, ostenta as insígnias das contradições e dos embates oriundos da Assembleia Constituinte, evidenciando um novo projeto político jurídico que se desejava consolidar. Revelava e difundia a mensagem e as expectativas de um tempo que se queria original, sob o toque afinado dos acordes políticos que davam o tom àquele momento.

---

38 PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Op. cit.*, p. 269-271.

39 LEOPOLDI, Maria Antonieta P. Estratégia de ação empresarial em conjunturas de mudança política. *In:* PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o estado novo.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 116.

40 CARNEIRO, Maria Luiza Tuci. O estado novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional. *In:* PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o estado novo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 327-340.

Com caráter dual, nela e por ela, as garantias liberais foram integradas a determinações de intervenção social e econômica, graças à inserção em seu conteúdo de minuciosas regras sobre a ordem econômica e social, a família, a educação, a cultura e a segurança nacional. Contemplou a busca de princípios de justiça, de assistência aos desvalidos e aos pobres, aos trabalhadores em geral, restrições à liberdade econômica, fomento às atividades intelectuais e produtivas, além de medidas de proteção à infância e à maternidade e diretrizes de educação. Representa uma peculiar tentativa de conciliar a atuação dos indivíduos com o desenvolvimento nacional, mediante a adoção de inéditos preceitos de ordem econômica e social com a expressa finalidade de aprimorar a proteção do trabalho, garantir a subsistência do homem, a dignidade humana, a paz, a unidade e a segurança da sociedade nacional.

Como filha do processo político, a Constituição de 1934 trouxe as marcas do poder que a instituiu, produto de uma vontade política, cujas conformações, extensão e amplitude representam questões reais de poder, força e autoridade, relacionada aos indivíduos capazes de criá-la e a garanti-la como lei fundamental. Ela foi o resultado das escolhas dos atores presentes à sua criação, e o conjunto de normas nela expresso, quer em relação ao seu conteúdo, ao seu teor e/ou forma, evidenciou o peso, a autoridade e força política daqueles que a promulgaram e que puderam ostentá-la como pacto fundamental da nova estrutura social, política e econômica determinada naquela oportunidade.

Firmado o novo arranjo constitucional, a sua efetividade vinculou-se ao desenrolar do governo de Getúlio Vargas, que, acostumado à liberdade da discricionariedade de sua fase provisória, não tardou a fazer-lhe aberta sabotagem, até finalmente rasgá-la, no momento da implantação do Estado Novo, em 10 de novembro de 1937, quando ela foi substituída pela "Polaca", especialmente talhada para o regime autoritário. Formalmente vigente entre 16 de julho de 1934 e 9 de novembro de 1937, a Constituição brasileira de 1934 foi a carta magna de mais curta vida da República. Estabelecida numa época de ebulição histórica, trata-se de um exemplo singular de como a historicidade do direito insere-se na historicidade da sociedade que o cria, mantém e o substitui de acordo com a dinâmica e ritmo do processo histórico.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CAMARGO, Aspásia *et al*. *O golpe silencioso*: as origens da república corporativa. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1989.

CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência:* a polícia na era Vargas. Brasília: UnB, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Lisboa: Almedina, 1998.

CAPELATO, Maria Helena. *O movimento de 1932 e a causa paulista*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CARNEIRO, Maria Luiza Tuci. O estado novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional. *In:* PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o estado novo.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 327-340.

DE PAULA, Jeziel. *1932:* imagens construindo a história. Campinas/Piracicaba: Unicamp/Unimep, 1998.

DINIZ, Eli. Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais. *In:* PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o estado novo.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 21-38.

DULLES, John W. F. *Getúlio Vargas*: biografia política. 2. ed. Rio de Janeiro: Renes, 1976.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v. II.

HELLER, Hermann. Teoria do estado. *In:* CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política e sociedade.* 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1983. v. I. p. 79-111.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

HOBBES, Thomas. *Leviatã* (ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil). São Paulo: Nova Cultural, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

LEOPOLDI, Maria Antonieta P. Estratégia de ação empresarial em conjunturas de mudança política. *In:* PANDOLFI, Dulce (org.). *Repensando o estado novo.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 115-133.

PENNA, Lincoln de Abreu. *República brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Estratégias da ilusão*: revolução mundial e o Brasil 1922-1935. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político.* São Paulo: Vozes, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, s/d.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil:* de Getúlio a Castelo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

WEFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990.

Data de recebimento: 30/06/2018

Data de aprovação: 29/10/2018

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UM ESTUDO COMPARADO DO PROCEDIMENTO CIVIL DO ESTADO DA CIDADE DO VATICANO E DO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO

THE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS: A COMPARATIVE STUDY OF THE CIVIL PROCEDURE OF THE STATE OF THE VATICAN CITY AND THE BRAZILIAN PROCEDURAL ORDINANCE

Gabriel Henrique Hartmann*
Renê Carlos Schubert Junior**
Bianca Tams Diehl**

RESUMO

Este artigo analisa o sistema processual civil do Estado da Cidade do Vaticano, centrando seu exame no princípio da razoável duração do processo. Inicialmente, o estudo examina o CPC do Estado da Cidade do Vaticano, analisando suas semelhanças com os ordenamentos jurídicos brasileiros. Em seguida, aborda o Código de Direito Canônico, destacan-

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Advogado (OAB/RS 114.377). E-mail: gabrielh.hartmann@hotmail.com.

** Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), campus Ijuí, RS. Advogado, Conselheiro ético e Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas dos Advogados – CDAP, na subseção de Santa Rosa, RS. Docente em regime integral, coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito e Coordenador do Grupo de Estudos "A constitucionalização do Processo Civil e o CPC/2015", no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis, FEMA – Santa Rosa/RS. E-mail: reneschubertjunior@yahoo.com.br.

*** Doutora em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Graduada pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Professora e Coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). Advogada (OAB/RS 70.571). E-mail: biancatdiehl@uol.com.br.

do o procedimento civil exposto em seu Livro Sétimo. Por fim, a pesquisa apresenta um exame sobre a razoável duração do processo no CPC/15 e na CF/88. A metodologia da pesquisa caracteriza-se como teórica. A forma de tratamento de dados dar-se-á de forma qualitativa, e a pesquisa balizar-se-á pelo método bibliográfico e procederá por meio de documentação indireta. Será utilizado o método histórico. Conclui-se que o ordenamento jurídico do Estado da Cidade do Vaticano, igualmente à CF/88 e ao CPC/15, busca proporcionar ao jurisdicionado a razoável duração do processo, sem mitigar o direito a um devido processo legal.

Palavras-chaves: Direito canônico; Sistema de julgamento; Razoável duração do processo; Estado da cidade do Vaticano.

ABSTRACT

This article analyzes the system of civil procedure of the Vatican City State, focusing its examination on the principle of reasonable procedural duration. Initially, the study examines the CPC of the State of Vatican City, analyzing its similarities with the Brazilian CPC. Then, addresses the Code of Canonical Law, highlighting the civil procedure set forth in its Seventh Book. Finally, the research presents an examination of the reasonable procedural duration in the CPC/15 and in CF/88. The methodology of the research is characterized as theoretical. The processing of data is presented to be qualitative. The research will be based on the bibliographic method, and will proceed through indirect documentation. The historical method will be used. It can be concluded that the legal system of the State of Vatican City, as CF/88 and CPC/15, seeks to provide under the law of the reasonable procedural duration, without mitigating the right to the due process of law.

Keywords: canon law; judgment system; reasonable duration of the process; state of the Vatican city.

INTRODUÇÃO

Com intensos conflitos entre Itália e os Estados Papais, o Estado da Cidade do Vaticano, mediante a assinatura do Tratado de Latrão, em 1929, garantiu a independência absoluta e visível à Santa Sé. Com a assinatura do Tratado, delimitou-se seu território em 44 hectares, além de imóveis necessários para a administração do Estado religioso, caracterizando-se, assim, como o menor Estado independente do mundo.

O Estado eclesiástico detém o sistema de governo de monarquia absolutista, no qual o Papa, figura maior do Estado, possui a plenitude dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Além disso, residem atualmente no Estado da Cidade do Vaticano em torno de 800 pessoas; destas, 450 gozam de cidadania vaticana.

Cabe ressaltar que o ordenamento da Igreja subdivide-se em direito processual canônico e direito material canônico. O primeiro, como instituição, volta-se

à proteção jurídica dos fiéis, enquanto o direito material canônico incide sobre as suas manifestações externas voltadas ao conteúdo espiritual e sobrenatural.

Destarte, analisar-se-á neste artigo com maior ênfase o instituto da razoável duração do processo. Inicialmente, será feita uma abordagem sobre o CPC do Estado da Cidade do Vaticano de 1946, demonstrando suas semelhanças e analogias com o CPC brasileiro de 1973 e de 2015 e com o projeto elaborado por Francesco Carnelutti. Serão demonstradas, além disso, suas diferenças quanto à jurisdição e aplicação do direito em comparação ao Código Canônico.

Posteriormente, serão analisados o ordenamento jurídico canônico e seu procedimento civil, preocupado com a "salvação das almas". Constituído por 7 livros, em que a parte processual que contemplará o estudo está disposta no Livro VII, especialmente nas primeiras partes, das cinco que o compõem. Demonstrar-se-ão, ainda, as regras e diretrizes técnicas do processo, bem como as garantias inerentes ao devido processo legal canônico.

Ao final, estudar-se-á a razoável duração do processo e sua incidência no CPC brasileiro de 2015 e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, será feita uma abordagem do devido processo legal/processo justo, sua historicidade e sua função rearticuladora dos demais princípios.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO ESTADO DA CIDADE DO VATICANO

Inicialmente, cabe salientar que as leis vaticanas e canônicas, embora mantenham autonomia própria, coincidem na mesma autoridade suprema, tendo como ápice a Santa Sé Apostólica, com representação jurisdicional executada pelo Papa.[1]

No entanto, são várias as diferenças fundamentais. Na questão da competência, o Código Canônico é a lei do mundo católico, enquanto a Lei Processual do Estado da Cidade do Vaticano aplica-se apenas no Estado Vaticano. Ao analisar o caráter, o *Codex* constitui um *corpus* de lei eclesiástica, enquanto as leis processuais do Estado da Cidade do Vaticano pertencem à lei leiga ou secular de um Estado religioso.[2]

A Lei Fundamental do Estado da Cidade do Vaticano de 1929 surgiu em um momento importante do Estado, de modo a organizar e delimitar os órgãos da

---

1 ARRIETA, Juan Ignacio. La nueva ley fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano y las sucesivas reformas del gobierno del Estado. *Revista Ius Canonicum*, v. XLI, n. 82, p. 707-728, 2001. Disponível em: http://hdl.handle.net/10171/5686. Acesso em: 30 mar. 2018.

2 CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Ley de organización judicial y Código de Procedimiento Civil de la ciudad. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, n. 2, p. 27-37, 1948. Disponível em: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/8543/7640. Acesso em: 30 mar. 2018.

Cúria Romana. Surgiu, sobretudo, no contexto do Tratado de Latrão e ocupou lugar preferencial, visto que consistia na ordem constitucional do Estado da Cidade do Vaticano. A Lei Fundamental de 1929 visava estabelecer maneiras pelas quais o soberano Pontífice exerceria a plenitude dos poderes.[3]

No mesmo ato, o Papa Pio XI promulgou um conjunto de seis leis que constituiu a espinha dorsal da ordem jurídica do novo Estado. Com o intuito de garantir o propósito da liberdade da Sé Apostólica e assegurar a independência real e visível do Pontífice Romano, João Paulo II promulgou, em 2000, a nova Lei Fundamental do Estado da Cidade do Vaticano, revogando, assim, a anterior.[4]

Cabe registrar que, nos setenta anos seguintes à aprovação da Lei Fundamental, elaboraram-se instrumentos legais adequados às mudanças que ocorreram no contexto social, visando às novas demandas e às sensibilidades da sociedade. Embora a cidadania vaticana difira das demais, as adequações fizeram-se necessárias, devido à "[...] adecuada respuesta a tales exigencias requiere que las instituciones que asumen las funciones públicas se mantengan en contacto con la realidad de las cosas y con las exigencias del mundo moderno".[5,6]

Uma das maiores adequações no sistema legal foi, sem dúvida, a promulgação do Código Canônico de 1983. Contudo, antes disso, fora promulgado o CPC do Estado da Cidade do Vaticano de 1946, que modificou substancialmente a Lei Fundamental de 1929, elencando os órgãos judiciários do Estado da Cidade do Vaticano. Essa criação desintegrou o processo vaticanista da Rota Romana e da Signatura Apostólica.[7]

Com a promulgação do CPC do Estado da Cidade do Vaticano, a legislação processual vaticana, em termos técnicos e sistemáticos, destacou-se pela sua superioridade em relação à legislação canônica, sendo ou por sua homogeneidade de conteúdo ou pelo formidável progresso processual pós-reforma legislativa italiana de 1904.[8]

A lei processual civil vaticana recebeu influências, nomeadamente, do *Codex Juris Canonici* de 1917 (Código de Direito Canônico), Lei do Estado Eclesiástico, Código Civil italiano de 1865 (revogado) e de 1940 (em vigor). Todavia, cabe

---

3 ARRIETA, *op. cit*.

4 *Idem*, 2001.

5 ARRIETA, 2001, p. 713.

6 Tradução livre: "[...] exigências que as instituições que assumem funções públicas permaneçam em contato com a realidade das coisas e com as demandas do mundo moderno". (ARRIETA, Juan Ignacio. La nueva ley fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano y las sucesivas reformas del gobierno del Estado. *Revista Ius Canonicum*, v. XLI, n. 82, p. 707-728, 2001. Disponível em: http://hdl.handle.net/10171/5686. p. 713).

7 *Idem*, 2001.

8 CASTILLO, 1948.

ressaltar que o CPC do Estado da Cidade do Vaticano de 1947 não é uma combinação de citados, mas, sim, um texto com personalidade própria.[9]

O CPC do Estado da Cidade do Vaticano é um texto com personalidade própria e inconfundível. Não possui influências do Código Canônico de 1917 e nem do CPC italiano de 1865. Por sua estrutura, o CPC do Estado da Cidade do Vaticano poderia ser aplicado em qualquer estado. Outrora, tal Código era utilizado como modelo para reformas processuais de diversos países, independentemente do regime religioso ou político exercido neles.[10]

A comissão criada em 1932, com o objetivo de elaborar um projeto de lei sobre o Judiciário e o procedimento civil dos tribunais do Estado da Cidade do Vaticano, era composta por Monsenhor Massimo Massimi, decano da Rota Romana, como presidente; Julio Grazioli, auditor da Rota; Pablo Pericoli, presidente do Tribunal de Primeira Instância; Agustin Schmid, promotor da justiça perante o referido tribunal, e Pablo Guidi, juiz substituto no mesmo tribunal, como secretário.[11] Não obstante, cabe destacar:

> Dicha reforma había sido preparada años antes por otra de menor entidad llevada a cabo en 1932 por el Papa Pío XI para hacer frente a la complejidad de relaciones entre los ordenamientos vigentes en el Estado (el civil y el penal del Reino de Italia, por un lado, y el canónico, por otro), estableciendo comisiones judicantes para algunas materias, y sobre todo encargando a un grupo de trabajo la preparación de la reforma procedimental que habría de promulgar su sucesor.[12,13]

Em 1935, a comissão apresentou seu projeto, que obteve ajustes. O projeto do CPC do Estado da Cidade do Vaticano foi publicado em julho de 1937, por ordem de Pio XI, tornando-o público, com o objetivo de provocar um julgamento crítico sobre ele.[14]

---

9 *Idem*, 1948.

10 *Idem*, 1948.

11 *Idem*, 1948.

12 ARRIETA, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 719-720.

13 Tradução livre: "Essa reforma fora preparada anos antes por outra entidade menor, realizada em 1932 pelo papa Pio XI, para lidar com a complexidade das relações entre as leis vigentes no Estado (o civil e o criminoso do Reino da Itália, por de um lado, e o canônico, do outro), estabelecendo comissões judiciais para alguns assuntos, e especialmente comissionando um grupo de trabalho para preparar a reforma processual a ser promulgada por seu sucessor" (ARRIETA, Juan Ignacio. La nueva ley fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano y las sucesivas reformas del gobierno del Estado. *Revista Ius Canonicum*, v. XLI, n. 82, 2001, p. 707-728. Disponível em: http://hdl.handle.net/10171/5686. p. 720).

14 VATICANO. *Acta Apostolicae Sedis. Motu Proprio.* A ordem judicial para as causas dos cidadãos na Cidade do Vaticano Disponível em: http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-38-1946-ocr.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

A *Università Cattolica del Sacro Cuore* (Universidade Católica do Sagrado Coração), localizada em Milão, na Itália, organizou um estudo publicado em 1938. Com uma opinião favorável ao projeto do CPC do Estado da Cidade do Vaticano, foram feitas algumas observações, tanto gerais como particulares. Estas observações foram avaliadas pelo Presidente da comissão, conjuntamente com seu secretário, posteriormente submetidas a um projeto definitivo.[15]

Nesse intuito, em 1º de novembro de 1946 entrou em vigor o CPC do Estado da Cidade do Vaticano, *motu proprio* de Pio XII, tendo sua publicação veiculada pela Acta Apostolicae Sedis e sendo entregue uma cópia impressa ao Governador do Estado da Cidade do Vaticano.[16]

Antes disso, o governo italiano instituiu, em 1924, a *Commissione Reale per la reforma dei Codici* (Comissão Real para a reforma dos Códigos). Subdividida em quatro subcomissões, em que o subcomitê "C" ficou responsável pela elaboração do novo CPC italiano, sendo presidida por Lodovico Mortara. Na prática, porém, quem preside a comissão é Francesco Carnelutti, que elaborou o CPC entre 1924 e 1926, sendo apresentado ao Ministro da Graça e Justiça e rejeitado posteriormente.[17]

O projeto apresentado, embora não aceito na Itália, influenciou a legislação portuguesa. As maiores semelhanças entre o projeto elaborado por Francesco Carnelutti, em 1924, por meio da Comissão Real para a reforma dos Códigos, foram observadas no CPC do Estado da Cidade do Vaticano, que tem semelhanças tanto em nível sistemático como textual, principalmente no que se refere ao conteúdo das disposições específicas.[18]

Posteriormente, o CPC do Estado da Cidade do Vaticano, pouco utilizado na prática, mas muito bem elaborado, influenciou o projeto de Aldredo Buzaid no CPC brasileiro de 1973,[19] conforme expõem Nicola Picardi e Dierle Nunes:

> Com efeito, o Código contém uma abundância de disposições inspiradas a textos estrangeiros. Vêm expressamente mencionadas as legislações alemã, austríaca, italiana, francesa e portuguesa. Por último, foram,

---

15 VATICANO, 1946.

16 *Idem*, 1946.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il Códice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. *In:* MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual:* quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 189-199.

18 *Idem*, 1994.

19 "Acrescenta Buzaid que '[...] na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis de nosso tempo'" (PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa,* v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945. p. 99).

> além disso, evidenciados interessantes paralelismos com o Código de Processo Civil do Estado Cidade do Vaticano.[20]

O CPC do Estado da Cidade do Vaticano, com um total de 924 artigos, subdivide-se em três livros. O Livro I rege o processo de conhecimento (arts. 1 a 430), subdividindo-se em oito títulos. O Livro II trata sobre o processo de execução (arts. 431 a 695) e é composto de onze títulos. O Livro III, por sua vez, discorre sobre os procedimentos especiais (arts. 696 a 924) e é subdividido em onze títulos, que tratam sobre assuntos como arbitragem, jurisdição voluntária, medidas cautelares, procedimento de monitoramento e julgamentos de reconhecimento de nacionalidade.[21]

Possui peculiaridades referentes tanto à sua condução textual como à sistemática. No que se refere à sistematização, o CPC do Estado da Cidade do Vaticano não detém um livro determinando a "parte geral" especificamente. Um livro determinado com "parte geral" se encaixa com os modelos brasileiros (CPC de 1939 e 2015), italiano (1940), argentino (1967), grego (1968), colombiano (1970), francês (1975) e uruguaio (1988). Trata-se de uma tradição antiga, já expressa no código alemão de 1877 e austríaco de 1895. O livro geral apresenta geralmente as disposições aplicáveis, em princípio, a todos os modos de processos e procedimentos: regras relativas à jurisdição, capacidade das partes e seus representantes, poderes do juiz, forma de documentos processuais, os termos, à nulidade de ações, e assim por diante.[22]

Destaca-se, ainda, o CPC do Vaticano, que, assim como o CPC brasileiro de 1973, inclui as disposições de alcance geral no livro que disciplina o processo de conhecimento, alcançando quase a metade do número total de artigos (430 dos 924 artigos no CPC do Estado da Cidade do Vaticano).[23]

Cabe enfatizar que a influência exercida pelo CPC do Estado da Cidade do Vaticano no CPC brasileiro de 1973 é demonstrada mediante vários aspectos. Desse modo, o CPC de 1973 especificou, em seu artigo 469, os meios que não fazem coisa julgada (disposto em parte no artigo 504 do CPC/15), abrangendo suas respectivas exceções no artigo 470. A semelhança com o CPC do Estado da Cidade do Vaticano é evidente, quando, em seu artigo 302, § 2º, e artigo 4º expõe:

> Art. 302, § 2º. La cosa giudicata non si estende ala verità dei fatti posti a base del giudicato e alle qualifiche giuridiche ad essi riconosciute; né

---

20 PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa,* v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945. Acesso em: 17 abr. 2018.

21 CASTILLO, *op. cit*.

22 MOREIRA, *op. cit*.

23 *Idem*, 1994.

> alle questioni pregiudiziali, anche se risolute nel processo allo scopo di pronunciare sulla domanda, purche non siano state oggetto di una decisione per se stante; né alle semplici eccezioni giudicate nella sentenza.
>
> [...]
>
> Art. 4º. Se nel corso del procedimento sia diventato controerso un diritto dalla cui sussistenza o non sussistenza dipenda, in tutto o in parte, la decisione della lite, sia l'attore che il convenuto possono domandare che quel diritto venga accertato dal tribunale in via incidentale.[24-25]

O CPC de 1973 e o CPC do Estado eclesiástico se assemelham também no que concerne à suspensão do julgamento. Embasados no projeto carneluttiano (art. 266), o artigo 265, inciso IV, alínea *b* do diploma brasileiro de 1973 (disposto no art. 313, inciso V, alínea *b* do CPC/15) e o artigo 197, § 3º, do CPC do Estado eclesiástico dispõem sobre a suspensão do julgamento até que seja verificado o fato ou produzida prova ou teste solicitado por outro juízo.[26]

Ressalta-se, inclusive, que o CPC do Estado da Cidade do Vaticano, no que se refere à utilização de provas atípicas (art. 87), inspirou o artigo 332 do CPC/73. Felizmente, o legislador brasileiro, na elaboração do CPC/15, manteve o que estava expresso no artigo 369 do então CPC/73, de modo a admitir a utilização de provas atípicas, desde que moralmente legítimas, diferentemente do CPC italiano.[27]

Cabe enfatizar o êxito do CPC do Estado da Cidade do Vaticano ao determinar, de maneira simples e eficiente, a execução singular e execução geral. Expõe, de forma clara, em 21 artigos (arts. 479 a 490), enquanto outros países adotaram procedimentos ou até leis especiais para discorrer sobre a matéria (por exemplo, a Lei de falências alemã de 1877).[28]

O CPC do Estado da Cidade do Vaticano introduziu, em seu conteúdo, nos artigos 243 a 249, um processo oral em uma audiência preliminar. Esta audiência possui um propósito preparatório para a audiência final, na qual, despida de ques-

---

24 MOREIRA, *op. cit.*, p. 191-192.

25 Tradução livre: "Art. 302, § 2º A coisa julgada não se estende à verdade dos fatos colocados com base na sentença e às qualificações legais reconhecidas a eles; nem às questões prejudiciais submetidas, mesmo que tenham sido resolvidas no processo para efeitos de entrega do pedido, desde que não sejam objeto de uma decisão separada; nem às simples exceções julgadas na sentença. [...] Art. 4º. Se, no decurso do processo, um direito tiver sido violado pela existência ou inexistência de que depende, no todo ou em parte, da decisão do litígio, tanto o demandante como o requerido podem solicitar que esse direito seja determinado pelo órgão jurisdicionalmente" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il Códice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. *In:* MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual:* quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 191-192).

26 MOREIRA, *op. cit.*

27 *Idem*, 1994.

28 CASTILLO, *op. cit.*

tões probatórias e de comparecimento das partes, poder-se-ia tratar apenas da resolução do mérito. A audiência preliminar somente é suprimida quando o processo é julgado perante um juiz único (arts. 322 e seguintes), devido ao *status* que possui e a natureza processual que detém.[29] Ainda assim, o procedimento oral adotado pelo CPC do Estado da Cidade do Vaticano destaca-se também como:

> [...] un tipo de proceso oral e incluso concentrado (cfr. arts. 245, 247-8, 256, 260 y 266-8), cuya implantación probablemente se debe atribuir, por una parte, a influjo de Chiovenda, cuyo pensamiento ha repercutido con frecuencia e intensidad en la obra realizada, y por otro, al prestigio del enjuiciamiento de un país a un tiempo católico y limítrofe de Italia, en la que inclusive llegó a regir, o sea el de Austria.[30-31]

Quando de sua promulgação, o CPC do Estado da Cidade do Vaticano era um dos Códigos de maior relevância internacional, visto que incorporava, em grande parte, alguns dos principais avanços da ciência processual europeia.[32]

Desse modo, ao analisar o CPC do Vaticano, observa-se que, mesmo elaborado muito antes dos Códigos analisados neste título, trata-se de um projeto audacioso que busca garantir àqueles que se submetem à jurisdição do Estado eclesiástico o devido processo legal, observado mediante a garantia do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, da razoável duração do processo e da coisa julgada.

ASPECTOS RELEVANTES DO PROCEDIMENTO CIVIL DO CÓDIGO CANÔNICO

O processo civil é visto sob o viés da instrumentalidade, como meio de pacificação social com a justiça. No direito canônico, o processo também é tido por seu viés instrumental; no entanto, tem por finalidade, além da proteção jurídica dos fiéis, a salvação das almas. Isso se deve ao fato de que o processo

---

29 MADERO, Luis. El proceso contencioso oral en el codex iuris canonici de 1983. *Separata de: Ius Canonicum,* Navarra: Instituto Martin de Azpilcueta, Universidad de Navarra, v. XXIV, n. 47, p. 197-292, 1984.

30 CASTILLO, 1948, p. 36.

31 Tradução livre: "[...] um tipo de processo oral e até concentrado (ver parágrafos 245, 247-8, 256, 260 e 266-8), cuja implementação provavelmente deve ser atribuída, por um lado, à influência de Chiovenda, cujo pensamento afetou frequentemente e intensamente o trabalho realizado, e, por outro lado, ao prestígio da perseguição de um país na época católica e limítrofe da Itália, na qual chegou a existir, isto é, Áustria" (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Ley de organización judicial y Codigo de Procedimiento civil de la ciudad. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, n. 2, p. 27-37, 1948. Disponível em: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/8543/7640. p. 36).

32 CASTILLO, *op. cit*.

canônico é visto por "[...] seu conteúdo espiritual e sobrenatural oriundo do escopo completamente diferente daquele reservado ao processo laico".[33]

Destarte, o direito de cada fiel necessita de uma proteção. O ideal seria que tanto a sociedade política quanto a eclesiástica observassem as regras jurídicas de maneira espontânea. Como isso não ocorre, o processo torna-se imprescindível para resolver as lides. Visto desse modo, a possibilidade de um católico ir a um tribunal eclesiástico, ou até uma Rota Romana ou mesmo à Assinatura Apostólica (cortes superiores da Santa Sé) faz com que as autoridades reexaminem qualquer decisão, de modo a garantir que sejam respeitados os direitos estabelecidos aos católicos.[34]

O objeto principal que permeia todo ordenamento jurídico canônico, a salvação das almas (*salus animarum*), é expresso na lei suprema da Igreja, o Código de Direito Canônico de 1983, no cânone 1.752: "Nas causas de transferência, apliquem-se as prescrições do can. 1.747, respeitando-se a equidade canônica e **tendo diante dos olhos a salvação das almas que na Igreja, deve ser sempre a lei suprema**"[35] (grifo do original).

A historiografia do direito canônico não possui um momento exato que demonstre seu verdadeiro início. Sabe-se que, com o governo cruel e corrupto de Pôncio Pilatos (entre os anos de 26 d.C. e 36 d.C.), inaugurou-se um momento crítico, com base na divisão de dois territórios: Galileia e Judeia.[36]

Após a morte de Cristo, o exército romano passou a perseguir os adeptos da fé cristã, com maior obstinação os evangelistas (saduceus, fariseus, nazarenos e zelotas). Em 66 d.C., os conflitos em Roma intensificaram-se, resultando em milhares de mortes. Com isso, o cristianismo passou a ser disseminado em várias regiões da Europa.[37]

Perseguidos, os cristãos passaram a reunir-se às escondidas para a celebração dos cultos, em um lugar denominado catacumba. Nas catacumbas, foram determinadas funções àqueles que propagavam a palavra de Cristo. Ao natural, surgiram divergências teóricas e conflitos de interesse sobre bens materiais. Estes

---

33 SILVA, João Paulo Hecker da. A apelação no processo civil canônico. *Revista de Cultura Teológica,* n. 84, p. 105-132, jul./dez. 2014. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/21644/15895. Acesso em: 30 mar. 2018. p. 109.

34 SAMPEL, Edson Luis. Direito processual canônico. *Revista de Cultura Teológica*, v. 11, n. 43, p. 133-142, abr./jun. 2003. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/24960/17819. Acesso em: 2 abr. 2018.

35 BATISTA, Lia Carolina. A coisa julgada no processo civil canônico: entre a segurança e a certeza. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 881-936, jan./dez. 2010. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67923/70531. Acesso em: 18 mar. 2018. p. 888.

36 TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico:* história e direito vigente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

37 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.

litígios eram submetidos ao tribunal romano, até que duas epístolas de São Paulo proibiram o procedimento.[38]

Com o considerável número de adeptos, os cristãos passam a defender seu credo diante da persistente e implacável perseguição imposta. Diante disso, a vida cristã passa a se desenrolar em superfície, obtendo, inclusive, julgamentos realizados com a presença de todos (*coram populus*). Assim, aqueles que detinham o poder de julgar passaram a extrair regras sintéticas, de modo a utilizar tais decisões em hipóteses semelhantes no futuro. Esse extrato receberia o nome de *cânone* (do grego *kanon*, significado de regra), surgindo daí a expressão "direito canônico" (direito das regras).[39]

Destaca-se que, após o ano 300, os bispos reuniam-se com maior frequência em concílios para determinar assuntos relacionados à fé e disciplina monástica. O Papa, mediante emissão de epístolas, passa a estabelecer regras que deverão ser seguidas pelos fiéis. Dessa forma, com o objetivo de fortalecer a fé para a salvação das almas, constitui-se um corpo formado de princípios e normas.[40]

Destarte, o processo regido pelo Código de Direito Canônico (*Codex Iuris Canonici*), promulgado em 25 de janeiro de 1983, tem por objeto o exame dos termos versados nos cânones 1.400 e 1.401, dos quais se depreende:

> Cân. 1.400 § 1. É objeto de juízo: 1° – direitos de pessoas físicas ou Jurídicas a serem defendidos ou reivindicados e fatos jurídicos a serem declarados; 2° – delitos, no que se refere à imposição ou declaração da Pena. § 2. Todavia, controvérsias originadas de atos do poder administrativo podem ser apresentadas somente ao Superior ou ao tribunal administrativo.
>
> Cân. 1.401 Pelo seu poder próprio e exclusivo, a Igreja conhece: 1° – das causas relativas às coisas espirituais e das causas com elas conexas; 2° – da violação das leis eclesiásticas e dos atos caraterizados como pecado, no que se refere à determinação da culpa e à imposição de penas eclesiásticas.[41]

O Código de Direito Canônico é formado por 1.752 cânones, divididos em 7 livros. A matéria que disciplina o processo civil está embutida no livro sétimo, mormente nas primeiras partes das cinco que o compõem. A estrutura metodológica é semelhante às legislações laicas. A primeira parte (título I) estabele-

---

38 *Idem*, 2001.

39 *Idem*, 2001.

40 *Idem*, 2001.

41 VATICANO. Código de Direito Canônico, de 25 de janeiro de 1983. Constituição apostólica *sacrae disciplinae leges* de promulgação do Código de Direito Canônico. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

ce as regras de competência e traça as linhas de organização judiciária (título II). Posteriormente, o Código de Direito Canônico assevera sobre os auxiliares do juízo, do lugar e tempo dos atos processuais e das pessoas admitidas nas audiências (título III). Os títulos posteriores do livro sétimo (títulos IV e V) versam sobre os litigantes, seus procuradores, ações e exceções. A segunda parte é dedicada ao juízo contencioso, dividindo-se em juízo contencioso ordinário e processo contencioso oral. A terceira e última parte é destinada aos procedimentos especiais (título I: processo matrimonial; título II: processo de nulidade da sagrada ordenação; título III: mecanismos que visam evitar a demanda judicial).[42]

Para reforçar a concepção de universalidade da função jurisdicional, o Código de Direito Canônico de 1983 introduziu o acesso à justiça, de modo a destacar, em seu cânone 1.476, a disposição de que qualquer pessoa, independentemente de batismo, poderá agir em juízo.[43]

A jurisdição canônica é instituída como base hierárquica da Igreja. Assim, a organização hierárquica dos poderes judiciários do direito canônico é caracterizada pela concentração do poder na figura do Sumo Pontífice. Isso se demonstra pelo fato de que as decisões proferidas pelo papa não são passíveis de qualquer recurso.[44]

O Poder Judiciário da Igreja busca uma harmonização e divisão de atribuições entre os vários níveis hierárquicos. Cabe salientar que, para o processo canônico, decisões judiciais são atos do juiz que criam, modificam e extinguem relações jurídicas. Esses atos jurídicos, no exercício da função judicial, estão diretamente relacionados com o início, desenvolvimento e conclusão do processo canônico.[45]

Preocupado com o princípio do juiz natural, tendo aquele que se submete à jurisdição canônica um julgamento por um juízo ou tribunal pré-constituído, autêntico, constitui-se o tribunal diocesano (cc. 1.419-1.429), que, na maioria das causas configura-se como o primeiro grau de julgamento. Em regra, o bispo diocesano é o juiz de primeiro grau, sendo cabível o julgamento das demandas, prolatando as sentenças definitivas ou interlocutórias, reguladas pelos cânones 1.607 ao 1.617.[46]

Caracteriza-se por prolatar decisões monocráticas, podendo o juiz único escolher dois assessores de reputação idônea. Podem, inclusive, exercer a ativi-

---

42 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit.*

43 VATICANO, 1983.

44 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit.*

45 LOMBARDIA, Pedro. *Lecciones de derecho canónico:* introducción, derecho constitucional, parte general. Madrid: Tecnos, 1991.

46 LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito processual civil. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 15, 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27486/coisa_julgada_direito_canonico.pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

dade judicante juízes leigos (homens ou mulheres), além de especialistas em direito canônico.[47] Ainda, contra as decisões proferidas pelo juízo *a quo* é cabível apelação. Dessarte:

> [...] a noção de apelação é determinada pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido o cânone 1618 é enfático em dispor que cabe recurso apenas com relação às sentenças definitivas, as sentenças interlocutórias em caráter definitivo e decretos de natureza decisória; das sentenças interlocutórias e decretos decisórios proferidas em causas em que o direito determina que devam ser decididas com a máxima rapidez, uma vez que, apesar de possuírem caráter definitivo, a sistemática processual canônica houve por bem privilegiar a celeridade em detrimento da certeza.[48]

O tribunal metropolitano (cc. 1.438-1.441) é o tribunal ordinário de segundo grau. Recorre-se a ele contra decisões do tribunal diocesano. Atua excepcionalmente no âmbito da própria jurisdição, como tribunal de primeiro grau. É competente para julgar a apelação, sempre em composição mais numerosa daquela que proferiu a sentença.[49]

Outro ponto de destaque é o caso de ambas as partes dirigirem recursos para órgãos judicantes diferentes, prevalecendo a competência da Rota Romana. A Rota Romana é o tribunal apostólico, composto por 21 membros auditores, que são "[...] nomeados pelo Papa e ocupam o cargo até atingirem a aposentadoria compulsória aos 74 anos. [...] é tarefa atribuída à Rota Romana (c. 1.444, §1.º, 2.º), incumbida assim de unificar a jurisprudência dos dicastérios inferiores".[50]

A supremacia da Rota Romana em comparação a outros órgãos judicantes se deve à possibilidade de que todo fiel pode recorrer à Santa Sé.[51] Desse modo, o Código de Direito Canônico de 1983 expõe esse direito em seu cânone 1.417 § 1, no qual, "em razão do primado do Romano Pontífice, é facultado a **qualquer fiel recorrer à Santa Sé ou introduzir perante ela, para julgamento, sua causa** contenciosa ou penal, **em qualquer grau do juízo e em qualquer estado da lide**"[52] (grifo nosso).

Enquanto ciência processual moderna, entende-se ser suficiente um único reexame da sentença, de modo a garantir um processo imparcial, justo e correto. Para o processo civil canônico, "[...] dada a exigência da *duplex conformis*, impõe ainda um verdadeiro 'terceiro grau'".[53]

---

47 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.
48 SILVA, 2014, p. 119.
49 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.
50 TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 103.
51 *Idem*, 2001.
52 VATICANO, 1983.
53 TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 102.

Por determinação do papa Clemente XIV e referendada por Pio XII, em 1947, criou-se outra corte canônica, que se equipara, no plano institucional, à Rota Romana. Está sediada em Madri, na Espanha, e possui a denominação Rota Nunciatura Apostólica da Espanha. Julgam observando basicamente o procedimento da Rota Romana. É composta de sete auditores nomeados pelo papa. Suas decisões não cabem recurso à Rota Romana, por estarem no mesmo nível hierárquico.[54]

O órgão que representa o ápice hierárquico do ordenamento jurídico canônico é o Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica. É regulamentado por lei extravagante, além da função extraordinária que exerce, tem atribuições de supervisão e controle da administração eclesiástica. É formado por doze cardeais indicados pelo Papa. Normalmente os julgamentos contam com a participação de cinco dos seus membros.[55]

Ressalta-se que o Código de Direito Canônico, já em sua elaboração manifestou "[...] uma forte tendência no sentido de tornar efetiva a defesa dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão".[56] Diante de um ideário de senso ético, o legislador canônico garantiu àqueles que se submetessem à jurisdição canônica um processo civil revestido de garantias.[57]

Garantiu, sobretudo, paridade de armas entre as partes e a busca incessante por um processo justo. Para a efetivação dessas garantias, mediante o cânone 1.649, assegurou o patrocínio gratuito e a redução das despesas processuais, com intuito de garantir aos desprovidos de recursos materiais o acesso à justiça. É notável, inclusive, que, além da acessibilidade econômica, tem-se como objetivo uma acessibilidade de ordem técnica, visto que, se a parte necessitar, o tribunal disponibilizará a assistência de um advogado.[58]

Corolário a isso, o procedimento civil canônico, visando garantir o devido processo legal, expôs, em seu cânone 1.447, a imparcialidade, de modo que ao juiz é vedado sua atuação em processo do qual anteriormente já tenha participado. Efetivou, inclusive, a absoluta independência dos juízes, a fim de evitar a influência das partes ou dos superiores hierárquicos em seu íntimo convencimento. Logo, o Código Canônico impõe, em seu cânone 1.608, § 1, que o julgamento seja revestido de certeza e moral.[59]

Sobretudo, o procedimento civil canônico visa efetivar o princípio da razoável duração do processo em seus julgados, de modo que o trânsito em julgado da decisão seja efetivado em tempo razoável. Repudia a eternização das pendên-

---

54 *Idem*, 2001.
55 *Idem*, 2001.
56 *Ibid*., p. 90.
57 *Idem*, 2001.
58 *Idem*, 2001.
59 *Idem*, 2001.

cias judiciais, a fim de reconhecer a inalterabilidade do julgado, ou após a preclusão do prazo, ou quando não mais admissível qualquer meio de impugnação, ou, ainda, na hipótese de duas decisões sucessivas e idênticas, proferidas no mesmo processo. Assim, o Código de Direito Canônico de 1983 garante, de modo taxativo, em seu cânone 1.641, quatro possibilidades de trânsito em julgado, expostas a seguir:[60]

> Cân. 1.641 Salva a prescrição do cân. 1643, há coisa julgada:
>
> 1° – se tiverem sido dadas duas sentenças concordes entre as mesmas partes, sobre a mesma petição e pela mesma causa de demanda;
>
> 2° – se a apelação contra a sentença não tiver sido apresentada dentro do tempo útil;
>
> 3° – se, em grau de apelação, a instância se tiver tornado perempta ou se tiver havido renúncia a ela;
>
> 4° – se tiver sido proferida sentença definitiva, contra a qual não se admite apelação, de acordo com o cân. 1629.[61]

O Código de Direito Canônico de 1917, por sua vez, trazia apenas três hipóteses: "[...] (i) existência de duas sentenças conformes; (ii) a ausência de apelação em tempo hábil ou o abandono da apelação e (iii) com apenas uma sentença inapelável".[62] O Código de Direito Canônico de 1917 apresentava de forma mais sucinta o instituto da dupla conformidade, exposto com maior clareza no *Codex* de 1983.[63]

O instituto da dupla conformidade, distinto do duplo grau de jurisdição, trata-se de uma peculiaridade do direito canônico. Como não existe hierarquia entre os tribunais de direito canônico, a dupla conformidade tem o intuito de garantir um maior acerto, de modo a buscar duas decisões diferentes e não revisando a sentença de primeira em segunda instância. Portanto, a dupla conformidade ocorre com sucessivas decisões, que, se em conformidade num mesmo processo, fazem coisa julgada.[64]

O processo canônico, visto seu objeto, desenvolve-se sob sigilo. Restringe sua publicidade às partes e respectivos advogados, e, evidentemente, nas causas que necessitar de intervenção, promotor e defensor do vínculo, estendendo-se o direito a estes.[65]

---

60 BATISTA, *op. cit*.
61 VATICANO, 1983.
62 BATISTA, *op. cit*., p. 905.
63 BATISTA, *op. cit*.
64 *Idem*, 2010.
65 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.

Nos pronunciamentos judiciais, no direito canônico impera o dever de fundamentação. Objetiva a certeza moral, expressamente exigida no cânone 1.611 ao juiz. A sentença deve necessariamente "[...] expor as razões ou motivos, de direito e de fato, em que se fundamenta a parte dispositiva".[66] Visa, sobretudo, demonstrar ao sucumbente que o processo não é fruto de sorte ou acaso, mas, sim, de uma verdadeira atenção da lei sobre os fatos levados. A fundamentação objetiva busca, sobretudo, enriquecer e uniformizar a jurisprudência dos tribunais canônicos.[67]

Com o intuito de garantir a regularidade do processo, o legislador adotou regras e diretrizes técnicas na ordenação sistemática do processo canônico. Prevalece, sobretudo, a regra da legalidade das formas. Dentre as demais, destaca-se, inclusive, a preocupação do processo canônico com a infungibilidade do procedimento, caso o tribunal, a teor do cânone 109, constate que o rito eleito pelo autor não é o correspondente à natureza da causa, que deverá, após declarada a nulidade pelo tribunal, remeter os autos ao juízo *a quo*.[68]

Destacam-se também no processo canônico o princípio da demanda, com o impulso oficial exercido pelo juiz, o instituto da preclusão, adotando, inclusive, limites temporais máximos, e a tutela jurisdicional, que não pode ser exercida de ofício. Além disso, e de forma peculiar, o processo canônico adota a tradição da mediatidade, no qual o juiz que profere a sentença, em sua maioria, não é o mesmo que colhe a prova.[69]

Outro regramento técnico que merece destaque no processo canônico contemporâneo é o princípio do dispositivo. O princípio inquisitório que detém o ônus da prova é suportado pela parte que afirma (can. 1.526, § 1). É evidente nos processos que envolvem estado das pessoas e bem público da Igreja, nos quais intervém, inclusive, o promotor de justiça, e os poderes do tribunal dilatam-se no tocante à colheita de prova.[70] O cânone 1.452, § 2, discorre sobre o princípio: "[...] o juiz pode, além disso, suprir a negligência das partes na apresentação de provas ou na oposição de exceções, sempre que o julgar necessário para evitar uma sentença gravemente injusta, salvas as prescrições do cân. 1.600".[71]

Cabe ressaltar que a lealdade das partes e seus respectivos advogados no processo canônico é presumida. Porém, não basta o direito canônico garantir àqueles que se submetem a sua jurisdição o acesso à justiça, à coisa julgada, à fundamentação e motivação das decisões judiciais, ao processo justo, à impar-

---

66 VATICANO, 1983, *op. cit*.
67 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.
68 *Idem*, 2001.
69 *Idem*, 2001.
70 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.
71 VATICANO, 1983.

cialidade do juízo, à paridade de armas, bem como ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição, à dupla conformidade, e às demais garantias inerentes ao devido processo legal se a prestação jurisdicional for intempestiva.[72]

Com a necessidade de um julgamento dentro de um prazo razoável, procura evitar dilações indevidas e combater de maneira intolerável as "etapas mortas" do processo. O cânone 1.593, § 1, expõe:

> Can. 1.593, § 1.º Se a parte demandada se apresentar em juízo ou responder antes da definição da causa, pode apresentar conclusões e provas, salva a prescrição do can. 1.600; o juiz, porém, cuide que o juízo não se protraia propositalmente com longos e necessários atrasos.[73]

O Código de Direito Canônico demonstra, de maneira explícita, a preocupação em efetivar a razoável duração do processo em seu cânone 1.453, delimitando, inclusive, prazo máximo de julgamento,[74] conforme expõe: "Os juízes e os tribunais cuidem que, salva a justiça, as causas se concluam o quanto antes e que, no tribunal de primeira instância, não se protraiam mais de um ano, e no tribunal de segunda instância, mais de seis meses".[75]

O direito canônico procura garantir àqueles que se submetem à jurisdição canônica a efetivação dos princípios éticos e políticos, de modo que seja alcançado no plano prático o devido processo legal canônico. Assim, como se tem por objetivo no processo canônico o devido processo legal, no plano brasileiro o objetivo é semelhante. Por isso, no próximo tópico será feito um exame sobre a razoável duração do processo, princípio basilar para a efetivação do devido processo legal no Estado brasileiro.

UM EXAME DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA CF/88 E NO CPC/15

Inicialmente, cabe ressaltar que, em matéria processual civil, o ordenamento brasileiro filiava-se à tradição continental europeia. As raízes eram advindas do direito português, e, no entanto, com o passar dos anos, perceberam-se paralelismos e contribuições do direito italiano, alemão, e do *Codice di procedura civille dello Stato della Città del Vaticano*. Porém, a influência decisiva é a norte-americana, principalmente após a proclamação da República (1889), mormente ao adotar a forma federativa de Estado.[76]

---

72 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.
73 VATICANO, 1983.
74 TUCCI; AZEVEDO, *op. cit*.
75 VATICANO, 1983.
76 MOREIRA, *op. cit*.

Atualmente, as discussões processuais não perpassam mais pela independência ou autonomia, mas, sim, pela efetividade processual, em que o processo deve efetivar a proteção ao direito substancial. Sobretudo, o processo deve ser eficaz.[77]

Entretanto:

> O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. [...] O processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta.[78]

Dessa forma, inegavelmente os códigos brasileiros conservam resquícios de formalismo, nos quais o legislador brasileiro, mediante reformas parciais dos diplomas em vigor, procurava dar maior celeridade ao feito. Apesar disso, "[...] um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. [...] É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos".[79]

O objetivo primordial empreendido nas reformas das leis processuais é combater a "crise da Justiça". Embora a expressão soe de maneira excessiva e imprópria, busca-se expressar nela que a prestação jurisdicional do Estado frustra a expectativa daqueles que a ela se submetem, por tardar mais do que o devido.[80] Contudo, "[...] o que devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço".[81]

Com a redemocratização e a Constituição de 1988, e de maneira interna e inovadora, assevera-se, no artigo 5º, inciso LIV, o direito fundamental ao processo justo. Com isso, "começa-se a trabalhar com o processo na perspectiva dos direitos fundamentais, procurando estruturá-lo a partir da eficácia dos direitos

---

77 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo.* 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

78 *Ibid.*, p. 65.

79 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas,* Rio de Janeiro, v. 15, n. 17, p. 153-164, 1. sem. 2000. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018. p. 156.

80 ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *Revista Páginas de Direito,* Porto Alegre, ano 13, n. 1083, 26 set. 2013. Disponível em: http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/175-artigos-set-2013/6304-araken-de-assis. Acesso em: 15 abr. 2018.

81 MOREIRA, *op. cit.*

fundamentais [...]".[82] O direito fundamental ao processo justo é constituído por um perfil mínimo, no qual se destaca o direito de ação – encarado como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.[83]

No entanto, a alteração mais significativa no ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne à prestação jurisdicional, foi a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou ao artigo 5º da CF/88 o inciso LXXVIII, que preconiza:, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".[84] O referido texto constitucional trouxe de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da razoável duração do processo, que se resume em uma palavra: "tempo".[85]

Destarte, não se pode explicitar que o princípio da razoável duração do processo tenha sido uma novidade surpreendente no ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional n. 45/2004 declarou um princípio já implícito na CF/88. Em seu artigo 5º, § 2º, a CF/88 dispõe sobre os tratados e garantias dos quais o país faça parte, entre eles o Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que, em seu artigo 8º, § 1º, prevê no rol dos direitos fundamentais o direito à prestação jurisdicional tempestiva.[86]

O CPC ratificou o princípio em seu artigo 4º, no qual "as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".[87] Além disso, inseriu como norma fundamental o princípio da cooperação (art. 6º), para que se obtenha, a partir daí, a decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável. Cabe evidenciar que, com o princípio da cooperação, a oralidade no procedimento civil brasileiro recebe um incremento, pois "[...] nada contribui mais para a eficiência dessa cooperação do que o contato verbal e direto entre os sujeitos do processo [...]".[88]

---

82 TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil:* da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 442.

83 *Ibid*., p. 443.

84 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

85 JOBIM, Marco Félix. O tempo e uma abordagem no princípio da duração razoável do processo. *Revista Páginas de Direito,* Porto Alegre, ano 8, n. 695, 07 jan. 2008. Disponível em: http://www.tex.pro.br/artigos/69-artigos-jan-2008/6148-o-tempo-e-uma-abordagem-no-principio-da-duracao-razoavel-do-processo. Acesso em: 12 maio 2018.

86 ASSIS, *op. cit*.

87 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

88 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 112. v. 1.

Ainda, o legislador, ao redigir o CPC/15, reafirmou o princípio da razoável duração do processo no artigo 139, inciso II, no qual: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: II – velar pela duração razoável do processo".[89] Para desempenhar satisfatoriamente esse dever funcional, cabe ao magistrado o poder de dirigir o processo, repreendendo as manobras procrastinatórias e vedando as medidas irrelevantes para o julgamento da causa.

Nesse contexto, a Corte Europeia de Direitos do Homem elaborou três critérios, respeitadas as circunstâncias de cada caso em específico, que deverão ser observados, de modo que se determine se a duração do processo é ou não razoável. Os critérios subdividem-se em: "[...] a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional".[90]

Os critérios devem ser observados conjuntamente, pois não são individualmente necessários e nem suficientes para a caracterização da demora irrazoável, assim como deverão também ser sopesados conforme as peculiaridades específicas de cada caso.[91] Dessa forma, um não é mais importante que o outro, sendo necessário ressaltar que:

> O reconhecimento desses critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais prefixados.
>
> [...]
>
> Por outro lado, não poderão ser taxadas de "indevidas" as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.
>
> E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pletora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, neste particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional.[92]

---

89 *Ibid*., p. 570.

90 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 95.

91 *Idem*, 2015.

92 TUCCI, José Rogério Cruz e; Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, p. 323-345, 2002. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67551/70161. Acesso em: 2 abr. 2018. p. 327.

Na procura concomitante de mecanismos que possibilitem a tutela jurisdicional efetiva e visando uma solução eficiente à "crise do direito", é necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar garantias inerentes à segurança jurídica, de modo a evitar que o tempo deteriore a utilidade da tutela prática. O legislador, em busca de mecanismos que possibilitem maior efetividade na tutela jurisdicional, desenvolveu a tutela de urgência.[93]

Sobre isso, em um Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição é, sobretudo, prestar uma tutela satisfativa. O que especialmente caracteriza a atividade jurisdicional é a tutela daquele que "se acha" em situação vantajosa, garantida perante a ordem jurídica. Portanto, tutelar os direitos "[...] é a função da Justiça, e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela".[94]

Nesse intuito, o CPC/15 dedicou o Livro V da sua Parte Geral ao que denomina de tutela provisória, desdobrando-se em três títulos, respectivamente: disposições gerais, tutela de urgência e tutela de evidência (arts. 293 a 310). Não obstante, a tutela provisória tem como finalidade "[...] abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela)".[95]

A fiel aplicação do princípio da razoável duração do processo exige das partes um comportamento leal e correto (art. 5º do CPC/15). Além disso, o aprimoramento do procedimento legal perpassa pelo combate à protelação desarrazoada da tutela jurisdicional efetiva. No entanto, a injustiça mais constante e real deriva da má funcionalidade dos serviços judiciais. Desse modo, é no gerenciamento da máquina estatal que são evidenciadas as causas mais nítidas de desrespeito à razoável duração do processo, e, consequentemente, do devido processo legal.[96]

Processo efetivo é aquele em que há equilíbrio de segurança e celeridade. Busca-se aprimorar o instrumento estatal, conferindo-lhe uma falsa ilusão de celeridade, com o objetivo de alcançar a tão almejada efetividade. A morosidade processual é inegável; entretanto, não se pode alcançar um ideal de produtividade em detrimento da segurança,[97] elemento essencial do processo justo. Portan-

---

93 BEDAQUE, *op. cit*.

94 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 567. v. 1.

95 DIDIER JUNIOR, 2015, p. 567.

96 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 83-98, mar./-abr. 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 10 maio 2018.

97 "[...] a segurança jurídica exige efetividade do Direito. Pouco importa a certeza, a confiança e calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante de seu descumprimento, o Direito con-

to, "[...] não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não é a única".[98]

A expressão "devido processo legal"[99] (*due process of law)* tem origem na Inglaterra, em 1354, quando o rei Eduardo III confirma as Leis da Terra, entre elas a Magna Carta de Liberdades. Todavia, a noção de devido processo legal é mais antiga, quando Édito de Conrado, em 1037, mediante o Decreto Feudal Alemão, "[...] pela primeira vez registra por escrito a ideia que até mesmo o Imperador está submetido às 'leis do Império'".[100]

Ao longo dos séculos, inúmeras concretizações do devido processo legal, ou corolários a sua aplicação, incorporaram o rol de garantias mínimas, que estruturam o devido processo. No Brasil, a primeira carta constitucional a consagrar o princípio do devido processo legal foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[101]

Mesmo que o princípio do devido processo legal não tenha sido previsto legalmente em momento anterior à CF/88, a proporcionalidade e a razoabilidade já eram aplicadas.[102] A CF/88 expôs, de forma explícita, em seu artigo 5º, inciso LIV, que "[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".[103]

---

fessa-se impotente para impor sua própria realização. Daí que a efetividade, entendida como realizabilidade, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica." (MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,* Curitiba, v. 4, n. 44,. p. 71-91, set. 2015. Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=44&edicao=9205. p. 78).

98 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

99 "Cezar Saldanha de Souza Júnior, em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tem criticado essa forma de expressar a cláusula do *due process of law*; ao argumento de que *law* também é direito, propondo seja adotada a fórmula 'devido processo de direito'. A sugestão certamente é adequada à função do princípio. Todavia, além de a expressão estar consagrada pelo uso, não me parece esteja equivocada a tradução, em vista de que, no seu primeiro emprego no Estatuto do Rei Eduardo lII (1354), como informa Kenneth Pennington, The Prince and the Law, 1200-1600 (Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition), Berkeley, University of California Press, 1993, p. 145, nota 95, fazia-se referência expressa à lei: 'saunz estre mesne en repons par due proces de lei'" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS,* v. 2, n. 4, p. 119-130, jun. 2004. Disponível em: http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49187/30822. Acesso em: 19 mar. 2018. p. 130).

100 DIDIER JUNIOR, *op. cit*., p. 65.

101 *Idem*, 2015.

102 *Idem*, 2015.

103 BRASIL, 1988, *op. cit*.

Por se tratar de uma garantia incondicionada, pode o legislador, a fim de evitar atividades inúteis, estabelecer regras de modo a ordenar o processo à luz do princípio da economia processual. Ao estabelecer o devido processo legal ou constitucional como modelo, o legislador assegura ao jurisdicionado o justo processo.[104]

O devido processo legal caracteriza-se por ser a base sistemática das demais garantias constitucionais. Além disso, limita o poder estatal, seja em sede jurisdicional, seja em sede administrativa ou legislativa. Com toda sua importância e relevância política, "[...] o *due process* é um irmão siamês da democracia e do Estado de Direito [...]".[105]

Sua importância destaca-se em nível internacional. Além de estar consagrado nas principais Constituições ocidentais, no plano internacional, o princípio do devido processo legal está presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, arts. 8º e 10), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, art. 6º), no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966, art. 14) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, art. 8º).[106]

Modernamente, o devido processo legal associa-se à ideia de processo justo. Comprometendo-se com o justo, com a presteza e com a efetividade da prestação jurisdicional, idealiza-se dentro de outras funções o princípio do *due process of law* como um superprincípio.[107]

O devido processo legal é direito fundamental e pode ser compreendido por meio de duas dimensões: devido processo legal procedimental e devido processo legal substancial. O devido processo legal procedimental caracteriza-se como sendo um princípio que

> [...] exige a realização de um estado social ideal de protetividade de direitos sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de criar elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), interpretar as regras que já proveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa) e bloquear a eficácia das regras que preveem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora).[108]

---

104 BEDAQUE, *op. cit*.

105 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 101.

106 MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 22-34, nov./dez. 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101424. Acesso em: 2 maio 2018.

107 THEODORO JÚNIOR, *op. cit*.

108 ÁVILA, Humberto. O que é o "devido processo legal"? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, set. 2008. p. 57-58.

Nesse sentido, o devido processo legal previsto constitucionalmente traz consigo um ideal de protetividade, quer mediante os princípios da ampla defesa e do contraditório, quer por meio das prerrogativas do juiz (regras do juiz natural imparcial, da motivação das decisões judiciais, da publicidade e da proibição de prova ilícita). Ainda assim, o devido processo legal procedimental ascende à posição de superprincípio/sobreprincípio ao idealizar a função rearticuladora dos elementos já previstos, que podem divergir e convergir, alçando um fim maior.[109]

O devido processo legal substancial desenvolveu-se nos Estados Unidos, onde "[...] um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas".[110] A dimensão substancial do princípio, portanto, é concretizada pelo movimento jurisdicional, que terá de prevalecer, mediante a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.[111]

No entanto, enfatiza-se que a divisão não distingue duas realidades ou categorias jurídicas, pois o princípio do devido processo legal é único e conecta-se indissociavelmente com o processo e as demais garantias constitucionalmente expressas.[112]

A expressão "devido processo legal" é criticável em, no mínimo, duas frentes. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o processo era anteparo para promover o arbítrio estatal, ao passo que, hoje, o processo em um Estado Democrático de Direito tem a missão de "[...] colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo".[113]

A crítica se fundamenta também

> [...] porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma dimensão substancial a previsão (*substantive due process of law*), quando inexiste necessidade de pensá-la para além de sua dimensão processual no direito brasileiro. De um lado, é preciso perceber que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade não decorrem de uma suposta dimensão substancial do devido processo, como parece à parcela da doutrina e como durante bom tempo se entendeu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aliás, mesmo no direito estadunidense semelhante entendimento não se configura correto. Os postulados da proporcionalidade decorrem dos princípios da liberdade e da igualdade – as posições jurídicas têm de ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional. De

---

109 *Idem*, 2008.
110 DIDIER JUNIOR, 2015, p. 68.
111 THEODORO JÚNIOR, *op. cit*.
112 THEODORO JÚNIOR, 2015.
113 MITIDIERO, 2011, p. 23.

> outro, importa ter presente que não é necessário recorrer ao conceito de *substantive due process of law* "com o objetivo de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos", na medida em que nossa Constituição conta expressamente comum catálogo aberto de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), o que desde logo permite a consecução desse mesmo fim: reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implicitamente previstos e mesmo não previstos na Constituição (conceito material de direitos fundamentais).[114]

Eis as razões pelas quais a doutrina prefere utilizar o direito ao processo justo. Além de adequado constitucionalmente, é um modelo mínimo de conformação do processo. Assim, é considerado pela doutrina um modelo de "[...] expansão (tem condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável ([...], moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e perfectibilizável (passível de aperfeiçoamento [...])".[115]

O direito ao processo justo está expresso no CPC/15 no Capítulo I, em seu artigo 1º, que dispõe das normas fundamentais do processo. O processo justo impõe direitos e deveres organizacionais ao Estado. Dessa forma, o Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos, e isso só ocorrerá mediante o processo justo. Assim, no "[...] Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição".[116]

A garantia processual do processo justo, perante a CF/88 e o CPC/15, compõe-se de um perfil mínimo. Em primeiro lugar, é pautado pela cooperação do juiz com as partes (art. 6º do CPC/15), sendo um juiz paritário e assimétrico na imposição de suas decisões.[117]

Além da cooperação, para que o processo justo constitua seu perfil mínimo, é necessário que ele seja capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e art. 3º do CPC/15), que as partes estejam em igualdade, abdicando de um tratamento paritário no processo (art. 5º, inciso I da CF/88 e art. 7º do CPC/15), com direito ao contraditório (art. 5º, inciso LV da CF/88 e arts. 7º, 9º e 10 do CPC/15) e ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CF/88), com direito à prova (art. 5º, inciso LVI, a *contrario sensu*, da CF, e 369 do CPC/15), juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII da CF/88), em que todos os pronunciamentos/decisões sejam previsíveis, confiáveis e motivados (art. 93, inciso IX da CF/88, e arts. 11 e 489, § 1º do CPC/15), com um procedimento público (arts.

---

114 *Ibid.*, p. 23-24.
115 *Ibid.*, p. 24.
116 *Ibid.*, p. 25.
117 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

5º, inciso LX e 93, inciso IX da CF/88 e arts. 11 e 189 do CPC/15), com razoável duração (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88), e, sendo o caso, assistência jurídica integral (art. 5º, inciso LXXIV da CF/88 e arts. 98 a 102 do CPC/15) e com formação de coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 e art. 502 do CPC/15). A observância de todos esses elementos compõe o perfil mínimo para que possa ser aferida a justa estruturação do processo.[118]

Nesse intuito, os direitos fundamentais mencionados ganham relevo no plano da justa estruturação do processo, visto que compõem o direito ao processo justo. Esses direitos visam combater problemas fático-normativos, mormente de interpretação, qualificação, relevância e prova, todos vinculados à formação da decisão justa.[119] Em resumo:

> [...] o problema da decisão justa acaba sendo um problema cuja correção da solução se pode aferir a partir de um adequado discurso ligado à fundamentação das decisões judiciais – donde é possível aferir ao mesmo tempo a verdade das proposições de fato e a coerência dos enunciados jurídicos que compõem o esquema lógico-argumentativo em que se consubstancia a decisão judicial como um todo.[120]

Cabe enfatizar que uma decisão democrática e juridicamente correta deve ter sua legitimidade confirmada por meio de um procedimento constitucionalmente adequado, mediante o método que garanta a participação dos interessados. Além disso, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que garanta a integridade e coerência do Direito.[121]

Encerrando o item, permite-se mencionar que a razoável duração do processo constitui o rol das diversas garantias para a composição daquele que é considerado um superprincípio/sobreprincípio, o devido processo legal, princípio este de suma importância nos diversos ordenamentos processuais espalhados pelo mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa centrou-se em uma análise comparativa dos ordenamentos processuais do Estado da Cidade do Vaticano, do CPC e da CF/88, de modo a

---

118 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016.

119 MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,* Curitiba, v. 4, n. 44, p. 71-91, set. 2015. Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=44&edicao=9205. Acesso em: 2 maio 2018.

120 *Ibid*., p. 84-85.

121 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

analisar, sobretudo, o princípio da razoável duração do processo. Dessa forma, realizou-se em exame entre os ordenamentos do Estado Eclesiástico, entre eles, o CPC do Estado da Cidade do Vaticano de 1946 e o Código Canônico de 1983, com os ordenamentos processuais civis brasileiros, entre eles, o CPC/15 e a CF/88.

Inicialmente, apresentou-se uma análise da razoável duração do processo e sua incidência no CPC/15 e almejou-se analisar o Poder Judiciário do Estado da Cidade do Vaticano. Subdividiu-se a análise em três perspectivas. A primeira centrou-se na análise do CPC do Estado da Cidade do Vaticano, ordenamento jurídico interno que rege as leis processuais dos cidadãos de nacionalidade vaticana, procurando-se asseverar suas peculiaridades e diferenças quanto ao Código de Direito Canônico. Demonstrou-se a semelhança do CPC do Estado da Cidade do Vaticano de 1946 com o projeto de Francesco Carnelutti, elaborado entre 1924 e 1926 na Itália e sua consequente influência no CPC brasileiro de 1973.

Elaboraram-se, ainda, aspectos relevantes do procedimento civil do Código de Direito Canônico de 1983, descrevendo um breve histórico no que concerne ao Direito Canônico e destacou-se o seu objeto principal: a salvação das almas. O Código de Direito Canônico, lei maior dos fiéis católicos, concentra o procedimento civil em seu Livro VII, que objetiva garantir a todos que se submetem à jurisdição canônica o devido processo legal canônico.

Ao final, discorreu-se sobre a razoável duração do processo na CF/88 e no CPC/15, demonstrando, inicialmente, que o ordenamento brasileiro filiava-se à tradição europeia; no entanto, a influência decisiva é norte-americana. Apresentou-se a preocupação do legislador em assegurar a razoável duração do processo, ou ainda, a prestação jurisdicional efetiva de maneira explícita com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, acrescentando ao texto constitucional o inciso LXXVIII no artigo 5º. Com o advento do CPC/15, o legislador expôs o princípio nos artigos 4º e 139, inciso II. Destacou-se, ainda, que o princípio da razoável duração do processo constitui um rol de diversas garantias daquele que é considerado um superprincípio/sobreprincípio: o devido processo legal.

A pesquisa sobre o tema deve prosseguir, tendo em vista que, em um cenário de negação da própria normatividade e hierarquia normativa, faz-se necessário um estudo comparado de maneira vertical, elaborando uma abordagem a partir dos institutos e instituições do passado, para que, compreendendo o passado, possam-se detectar os métodos e medidas (in)frutíferas, objetivando, mediante isso, soluções para a atual "crise da justiça".

Portanto, diante de um cenário onde há resquícios de formalismos nos ordenamentos jurídicos brasileiros, mostra-se a importância de atentar-se aos ordenamentos jurídicos internacionais, de modo que sejam obtidas, mediante uma análise detalhada, verdadeiras soluções para a atual "crise da justiça".

Em um período crítico para o direito brasileiro, demonstrar a essencialidade do princípio da razoável duração do processo e de um superprincípio/sobreprincípio como o devido processo legal, sua historicidade e sua importância nos ordenamentos processuais, explicita que o processo justo/devido processo legal (*due process of law*) deve ser lido e interpretado de maneira abrangente, como fundamento máximo para a salvaguarda de direitos e garantias.

Às margens de concluir, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e, posteriormente, o CPC/15, buscou-se dar maior efetivação do direito ao jurisdicionado, mediante meios que possibilitassem a ele uma prestação justa e efetiva de seu direito. Com isso, o aprimoramento de institutos e instituições perpassa pela observação do passado, para dele obter soluções frutíferas, de modo a almejar a construção de um futuro com decisões justas e efetivas para aqueles que do aparato do Estado necessitarem.

REFERÊNCIAS

ARRIETA, Juan Ignacio. La nueva ley fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano y las sucesivas reformas del gobierno del Estado. *Revista Ius Canonicum*, v. XLI, n. 82, p. 707-728, 2001,. Disponível em: http://hdl.handle.net/10171/5686. Acesso em: 30 mar. 2018.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *Revista Páginas de Direito,* Porto Alegre, ano 13, n. 1083, 26 set. 2013. Disponível em: http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/175-artigos-set-2013/6304-araken-de-assis. Acesso em: 15 abr. 2018.

ÁVILA, Humberto. O que é o "devido processo legal"? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, set. 2008.

BATISTA, Lia Carolina. A coisa julgada no processo civil canônico: entre a segurança e a certeza. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 881-936, jan./dez. 2010. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67923/70531. Acesso em: 18 mar. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo.* 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e t***écnica** *processual.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Ley de organización judicial y código de procedimiento civil de la ciudad. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, n. 2, p. 27-37, 1948. Disponível em https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/8543/7640. Acesso em: 30 mar. 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

JOBIM, Marco Félix. O tempo e uma abordagem no princípio da duração razoável do processo. *Revista Páginas de Direito,* Porto Alegre, ano 8, n. 695, 07 jan. 2008. Disponível em: http://www.tex.pro.br/artigos/69-artigos-jan-2008/6148-o-tempo-e-uma-abordagem-no-principio-da-duracao-razoavel-do-processo. Acesso em: 12 maio 2018.

LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito processual civil. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 15, 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27486/coisa_julgada_direito_canonico..pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

LOMBARDIA, Pedro. *Lecciones de derecho canónico:* introducción, derecho constitucional, parte general. Madrid: Tecnos, 1991.

MADERO, Luis. El proceso contencioso oral en el codex iuris canonici de 1983. *Separata de: Ius Canonicum,* Navarra: Instituto Martin de Azpilcueta, Universidad de Navarra, v. XXIV, n. 47, p. 197-292, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,* Curitiba, v. 4, n. 44. p. 71-91, set. 2015. Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=44&edicao=9205. Acesso em: 2 maio 2018.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 22-34, nov./dez. 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101424. Acesso em: 2 maio 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas,* Rio de Janeiro, v. 15, n. 17, p. 153-164, 1. Sem., 2000. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il Códice di Procedura Civile dello stato della città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. *In:* MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual:* quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS,* v. 2, n. 4, p.119-130, jun. 2004. Disponível em: http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49187/30822. Acesso em: 19 mar. 2018.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa,* v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945. Acesso em: 17 abr. 2018.

SAMPEL, Edson Luis. Direito processual canônico. *Revista de Cultura Teológica*, v. 11, n. 43, p. 133-142, abr./jun. 2003. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/24960/17819. Acesso em: 2 abr. 2018.

SILVA, João Paulo Hecker da. A apelação no processo civil canônico. *Revista de Cultura Teológica,* n. 84, p. 105-132, jul./dez. 2014. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/21644/15895. Acesso em: 30 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado.* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil:* da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 83-98, mar./abr. 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 10 maio 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002, p. 323-345. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67551/70161. Acesso em: 2 abr. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico:* história e direito vigente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VATICANO. *Código de Direito Canônico*, de 25 de janeiro de 1983. Constituição apostólica *sacrae disciplinae leges* de promulgação do Código de Direito Canônico. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

VATICANO. *Acta apostolicae sedis. Motu Proprio.* A ordem judicial para as causas dos cidadãos na Cidade do Vaticano Disponível em: http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-38-1946-ocr.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

Data de recebimento: 04/07/2018

Data de aprovação: 10/12/2018

ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO EM JUIZ DE FORA – MG

ACCESS TO JUSTICE IN THE SMALL CLAIM COURTS AS A WAY OF OBTAINING MEDICINES SUPPLY: AN ANALYSIS OF THE JUDICIALIZATION AT JUIZ DE FORA – MG

Henrique Sabino de Oliveira*
Lays Gomes Martins**
Felipe Dutra Asensi***

RESUMO

O artigo aborda o acesso à justiça para fornecimento de medicamentos nos Juizados Especiais Cíveis de Juiz de Fora – MG e analisa os argumentos apresentados nas decisões judiciais sobre o tema. Para isso, foram coletadas todas as sentenças entre os anos de 2015 e 2017 e categorizadas em tabelas. Os resultados evidenciam que há uma padronização nas decisões prolatadas. Por meio da pesquisa empírica, foi possível analisar como os magistrados têm se posicionado perante demandas que envolvem o direito à saúde e verificar como tal direito tem se concretizado em Juiz de Fora – MG.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Medicamentos; Judicialização da saúde.

ABSTRACT

The article is about access to justice for medicines supply on Small Claim Courts at Juiz de Fora – MG and analyzes the arguments presented in the

* Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: hsabino88@yahoo.com.br.

** Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Graduada em Direito pela mesma instituição. E-mail: lays_gm@hotmail.com.

*** Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bolsista de Produtividade "Jovem Cientista do Nosso Estado" da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ). E-mail: felipedml@yahoo.com.br.

judicial decisions on the subject. For this, all the sentences were categorized in tables and collected between 2015 and 2017. The results show that pattern in sentences send. Through the empirical research, it was possible to analyze how judges understand the demands that involve the right to health and to verify how such right is being materialized at Juiz de Fora – MG.

Keywords: Access to justice; Medicines; Judicialization of health.

INTRODUÇÃO

A saúde e o direito são dois campos em forte tensão atualmente. As instituições jurídicas têm sido testemunhas deste processo, que influencia decisivamente nas sociabilidades e na construção social de estratégias de reivindicação de direitos. Rodeada de instituições tradicionais e modernas, permeada por lógicas de funcionamento e de poder das mais distintas e fortemente influenciada pelas diversas transformações culturais, sociais e políticas que ocorreram nos últimos anos, a relação entre direito e saúde tem recebido destaque.

A problemática do acesso à justiça, em linhas gerais, diz respeito aos limites e possibilidades de acesso dos cidadãos aos mecanismos estatais de resolução de conflitos, principalmente o Judiciário, ensejando uma reflexão crítica sobre este Poder e suas formas de organização e funcionamento. Uma das principais indagações que têm sido feitas consiste em: diante da presença de obstáculos econômicos, sociais e culturais e de um Judiciário incapaz de absorver determinados conflitos coletivos referentes a direitos sociais, como pensar em estratégias de efetivação de direitos que deem conta da permanente judicialização dos conflitos? Mais precisamente, diante de uma *explosão de litigiosidade*, principalmente da década de 1990 do século XX em diante, como pensar o papel do Judiciário que, cada vez mais, conforme sustenta Antoine Garapon (1996), tem se configurado como um "muro das lamentações" de cidadãos em busca de seus direitos?

Com isso, apresentam-se questões relevantes para a identificação de sucessos e falhas na implementação e efetivação de direitos, inclusive do direito à saúde. Na saúde, a perenidade do conflito, contradição e resistência entre estes atores se constitui como condicionante de seu êxito como uma política de Estado, e o Judiciário exerce papel relevante nesse processo.

A Lei n. 9.099/95 tem o intuito de promover o acesso à justiça, proporcionando uma ampliação das oportunidades de propositura da ação, tais como a ausência de obrigatoriedade de patrocínio por advogado, a informalidade, a oralidade e a simplicidade. Ocorre que o número de buscas por solução de conflitos por intermédio do Poder Judiciário tem crescido constantemente, e não foi diferente em relação às ações que buscam a concretização do direito à saúde.

O presente trabalho tem por objetivo investigar os processos distribuídos no Juizado Especial Cível da Comarca de Juiz de Fora – MG entre 2015 e 2017,

cujos pedidos consistem no fornecimento de medicamentos. Embora haja pedidos no Poder Judiciário para o fornecimento de insumos, internação, transferência hospitalar, entre outros, o pedido de medicamentos se tornou o objeto da análise, tendo em vista o número alto de demandas e do potencial impacto em termos de custo, uma vez que grande parte dos medicamentos requeridos tem uso com periodicidade indeterminada.

O marco temporal eleito foi entre 2015 e 2017, pois, além de serem dados com informações mais atualizadas, possuem uma variedade de conteúdo e permitem dar maior confiabilidade no diagnóstico aqui apresentado devido ao elevado número de sentenças nesse período.

Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método empírico baseado nos ensinamentos de Lee Epstein e Gary King (2013). Por meio da empiria, foi possível coletar sentenças por meio do *site* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, resumi-las, analisá-las e então realizar as inferências. Todo o procedimento foi pautado na regra de replicabilidade, que permite que outro pesquisador consiga reproduzir todas as informações prestadas no próprio trabalho em função da previsão metodológica sem nenhum tipo de informação adicional.

No próximo capítulo, discutiremos os aspectos teóricos que envolvem a judicialização dos direitos, em especial o direito à saúde, e os JECs como forma de efetivação dos direitos sob o prisma do acesso à justiça. No capítulo seguinte, apresentaremos a estratégia metodológica da pesquisa e o percurso de coleta e análise dos dados. Em seguida, apresentaremos os principais resultados da pesquisa empírica realizada e, a título de considerações finais, apresentaremos reflexões sobre o acesso à justiça e a efetivação do direito à saúde via JECs.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ACESSO À JUSTIÇA

Perspectivas da judicialização

A judicialização da política emergiu no século XX, tornando-se um fenômeno comum nas democracias já consolidadas dos Estados de Bem-Estar Social. O termo *judicialização* ganhou forma a partir da publicação do trabalho dos norte-americanos Neil Tate e Torbjörn Vallinder (1995), intitulado de *The global expansion of judicial power*.

Nesse trabalho, os autores defendem a tese de que judicialização consiste basicamente no fato de tomar algo sob a forma do processo jurídico, tanto em termos de transferência das decisões sobre direitos da legislatura, do serviço civil para as cortes, como em termos da disseminação dos métodos e decisões judiciais para além da esfera judicial propriamente dita.

Além disso, um dos aspectos da judicialização abordados por Tate e Vallinder diz respeito à revisão jurídica das ações do Legislativo e do Executivo,

conforme a nossa própria Constituição Federal estabelece. Tal premissa possibilita ao Poder Judiciário impor limites constitucionais à ação dos outros dois Poderes, especialmente se excederem ou não realizarem as suas atribuições à altura.

Tate e Vallinder afirmam que, embora a expansão do Poder Judiciário não seja uma condição necessária para um país consolidar sua democracia, dependendo das circunstâncias, ela tem sido considerada inevitável, principalmente em países de construção democrática recente, como no caso do Brasil.

No Brasil, as estratégias institucionais de reivindicação de direitos, inclusive o direito à saúde, passaram a utilizar as instituições jurídicas. Isso quer dizer que a oficialidade estatal se apresenta como estratégia frequente de resolução de conflitos e efetivação de direitos, revelando-se como oportunidades políticas de alta recorrência (ASENSI, 2013). O fortalecimento do Judiciário no Brasil ocorreu em função de uma série de circunstâncias e fatores sociais, políticos e culturais no século XX que culminaram na intensificação da judicialização dos conflitos e dos próprios direitos. O reforço institucional, associado à própria assunção dos magistrados como protagonistas, alçou este Poder a um verdadeiro referencial por parte dos atores sociais e políticos em suas práticas sociais.

Porém, este fortalecimento não necessariamente esteve associado a um processo de incorporação da sociedade civil na esfera judicial, mas, sim, a um processo de delimitação de espaços e competências de atuação que se traduziram em regras para ingressar com ações judiciais.

Segundo Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 115), para o estudo do caso brasileiro, o termo *judicialização* precisa de uma definição melhor, que permita identificar mais precisamente a profundidade desse fenômeno no Brasil. Para estes autores, sua utilização tem ocorrido, em muitos casos, de forma até mesmo contraditória, o que não permite a delimitação de seu conteúdo.

De acordo com a interpretação de Luiz Werneck Vianna *et al.* (1999, p. 25): "a judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um último refúgio de um ideal democrático desencantado". De uma forma ecumênica, é possível afirmar que o fenômeno traduz a assertiva de uma "invasão do Direito sobre o social" (WERNECK VIANNA; BURGOS e SALLES, 2006, p. 3), ou seja, o surgimento do protagonismo do Judiciário na resolução de conflitos, principalmente os de cunho social e coletivo. Uma vez que se encontra sem o referencial explícito das instituições políticas tradicionais – como os partidos políticos –, o cidadão se voltaria ao Judiciário como estratégia de mobilização de recursos e argumentos para a defesa e conquista de direitos. Com isso, "a nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle de constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do Judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou" (*Idem*, p. 4).

A partir desse breve conhecimento acerca da judicialização, torna-se possível compreender melhor a busca do acesso à saúde por intermédio do Judiciário, além de evidenciar que o Sistema Único de Saúde ainda enfrenta muitos desafios, tanto no campo da gestão quanto no financiamento.

Direito à saúde e judicialização

Com o advento da Constituição de 1988 e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos sociais e políticos no Brasil, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos. A universalização da saúde foi acompanhada de sua institucionalização normativa, o que possibilitou a cristalização de princípios, normas e diretrizes que seriam desenvolvidos nos anos seguintes, cuja expressão mais significativa foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Em seu artigo 196, a Constituição estabelece que a saúde é um "direito de todos e dever do Estado" (BRASIL, 1998), o que denota a pretensão universalizante deste direito. Em decorrência dessas transformações, a saúde passa a ser caracterizada como um *direito fundamental* e *dever do Estado*.

Nesse contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de *relevância pública*, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo. Esta condição cristalizou sem precedentes a relevância jurídica, política e social da saúde no ordenamento brasileiro, sobretudo em função de sua forte associação com o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde ainda se constituiu como clausula *pétrea* no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional e pelas legislações posteriores.

Tratando-se de seu reconhecimento no ordenamento jurídico, a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 196, que a saúde é "direito de todos e dever do Estado". Também institui o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Dessa forma, a partir da Constituição Federal, a prestação do serviço público de saúde não estaria mais limitada aos trabalhadores inseridos no mercado formal, mas a todos os brasileiros, que, consequentemente, passaram a ser titulares do direito à saúde, universalizado, cabendo ao Estado concretizá-lo por meio de políticas públicas, planejamento, ações e serviços executados pelos seus órgãos.

Os artigos 6º e 196 da Constituição Federal asseguram, respectivamente, a saúde como direito social e estabelecem esse direito como fundamental e que será assegurado pelo Estado por meio de políticas públicas e econômicas eficazes. Com o fito de regulamentar o artigo 196 e seguintes da CF/1988, foi criada a Lei

n. 8.080 – Lei Orgânica da Saúde –, que instituiu o SUS e dispôs acerca de suas características e custeio.

A Constituição Federal e toda legislação infraconstitucional enfatizam o dever do Estado de garantir ao cidadão os serviços de saúde, provocando intensos debates quanto à questão da intervenção judicial e à eficiência do Estado como responsável direto pela garantia de uma saúde acessível e de qualidade.

Para isso, o Estado deve dispor não somente de recursos para garantir o acesso aos serviços de saúde aos cidadãos, mas também de um planejamento adequado. Além desses dois importantes fatores, temos uma máquina estatal bastante burocratizada e ineficiente, levando os cidadãos a se socorrerem do Judiciário para que este atue e não seja conivente com essa gritante inconstitucionalidade que causa um problema social significativo.

Diante da ausência ou ineficiência do Estado, cresce o número de demandas judiciais em busca do efetivo exercício da cidadania, pois há uma garantia de cumprimento das decisões judiciais favoráveis. Estas demandas podem gerar impactos gerenciais e financeiros, e a intensa judicialização dos conflitos, dos mais simples aos mais complexos, não aflige somente o sistema judiciário brasileiro, mas também os mais variados sistemas, notadamente o europeu, impulsionando a criação e regulação de institutos que proporcionam aos cidadãos a resolução extrajudicial dos conflitos sociais.

Na saúde, a temática da judicialização também tem recebido destaque nesta década. Roseni Pinheiro *et al.* (2005), por exemplo, analisam a construção social do direito à saúde e o lugar das instituições jurídicas em sua efetivação. Felipe Machado (2008), por sua vez, analisa a judicialização da saúde no Brasil a partir das simetrias e assimetrias a que este processo pode conduzir na seara da saúde. Angélica Carlini (2012) também analisa a judicialização da saúde e as repercussões políticas e econômicas para as políticas públicas de saúde no Brasil. Felipe Asensi e Roseni Pinheiro (2015), em importante publicação no Conselho Nacional de Justiça, traçam um perfil quantitativo nacional da judicialização da saúde e analisam três experiências (Lages – SC, Araguaína – TO e Brasília – DF) de diálogo institucional travadas entre os atores políticos, jurídicos e sociais.

Várias pessoas que necessitam de remédios ou tratamentos, sejam eles de baixo ou elevado custo, recorrem ao Poder Judiciário para terem a concretização do seu direito à saúde. De acordo com Séphora Stival e Filomena Girão (2016, p. 141), os magistrados, nessas demandas, comumente colocam a questão da saúde como sinônimo de vida acima de qualquer outra questão. Dessa forma, os juízes condenam a Administração Pública com frequência a arcar com o fornecimento de tratamentos/medicamentos, gastando uma grande quantia para cumprir a ordem judicial.

Conforme Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 313), o trabalho realizado pelos juristas é necessário para "zelar pela efetivação dos direitos funda-

mentais". Todavia, quando estão exercendo esse ato, devem atuar com responsabilidade e com o máximo de cuidado, pois correm o risco de violar o princípio democrático. O Poder Judiciário tem de estar atento para que o magistrado exerça a função de condutor da demanda, requerendo que ambas as partes fundamentem o pedido. Segundo Felipe Machado (2008, p. 87), a abertura provocada por esse direito somente é possível numa sociedade com um patamar mínimo de igualdade entre os cidadãos, caracterizado por um elevado grau de consciência política, educação, bem como por costumes estabelecidos de ativismo e participação social.

Acesso à justiça e Juizados Especiais Cíveis

No Judiciário, as oportunidades políticas podem ser fundamentais para ampliar ou restringir o acesso à justiça e ao direito, construir uma forma de sociabilidade institucional entre cidadão e Estado e, inclusive, interferir no desenho e direcionamento das políticas públicas (ASENSI, 2013).

Segundo Boaventura de Sousa Santos (1999), existe uma série de elementos econômicos e socioculturais que podem influir de forma decisiva no acesso dos indivíduos. A pouca porosidade institucional do Judiciário veio associada aos obstáculos econômicos e socioculturais do acesso à justiça.

Os *obstáculos econômicos* versam sobre os desafios financeiros para o acesso à justiça. Um dos principais obstáculos econômicos apresentados por Santos consiste no alto custo da litigação. Litigar não é uma atividade ausente de custos econômicos pelos seguintes motivos: a) necessidade de recolhimento de custas judiciais; b) mesmo no caso de justiça gratuita, é necessária a presença de um advogado; c) há custos de transporte e ausência no trabalho, sobretudo para profissionais autônomos; d) as hipóteses de dispensa do advogado são bastante restritas.

Todas essas questões podem efetivamente influir no custo final da litigação, de modo que o acesso ao Judiciário pode ser relativamente oneroso. A dinâmica do litígio não dispensa o litigante do custeio absoluto, mesmo no caso de concessão de gratuidade de justiça. Inclusive, se o indivíduo não for beneficiado pela gratuidade da justiça, por exemplo, é muito mais custoso propor recursos e outras peças processuais, o que pode reduzir as possibilidades de acesso à justiça.

Outro obstáculo econômico é o seguinte: o custo da ação judicial é proporcionalmente mais elevado quanto menor for o valor da causa. As custas judiciais variam proporcionalmente muito menos do que o valor da causa. Ao se litigar discutindo um valor de 100 mil reais e ao se litigar discutindo um valor de 10 mil reais, o impacto proporcional das custas judiciais é maior na litigação de 10 mil reais do que na litigação de 100 mil reais. O custo de litígios que possuem o valor da causa menor acaba tendo um impacto proporcional maior para a parte que deve suportar as custas.

Também é possível destacar como obstáculo econômico a lentidão dos processos. Há um famoso debate que salienta que o processo deve ter um desenvolvimento relativamente dilatado justamente em função do Estado Democrático de Direito. Com um processo dilatado, os indivíduos poderiam exercer de maneira adequada a ampla defesa e o contraditório. Porém, é certo que a lentidão pode ter efeitos negativos, inclusive psicológicos. A morosidade ainda pode se traduzir como um problema econômico, em que o indivíduo, apesar de possuir o direito e, em muitos casos, apesar de possuir uma sentença julgada procedente, em função dessa dinâmica interna recursal e da dinâmica própria da explosão de litigiosidade, tem custos econômicos oriundos da lentidão. Trata-se do custo econômico da máquina judiciária, pois tem o custo de transporte dos processos, de autuação, de utilização de oficiais de justiça, de papel, de materiais, de recursos humanos para mobilizar a máquina de desenvolvimento de um processo. Logo, o processo, além de ser um assunto tradicionalmente jurídico, é também um assunto econômico, seja para o Judiciário, seja para as partes.

Santos ainda salienta a existência de obstáculos socioculturais. Tais obstáculos versam sobre os desafios da construção social do Judiciário como um efetivador de direitos dos cidadãos. Primeiramente, Santos elenca o desconhecimento ou pouco conhecimento dos direitos, sobretudo pelas classes sociais menos favorecidas. Apesar de existir a ideia de que ninguém pode alegar o desconhecimento do direito, há um déficit de conhecimento de direitos por parte dos cidadãos. Ressalte-se que, em muitos casos, o indivíduo possui uma compreensão equivocada dos seus direitos ou um conhecimento desatualizado, um conhecimento baseado no senso comum etc. Em alguns casos, em função do pouco conhecimento dos indivíduos, eles não ingressam com a ação judicial e, em outros, se "aventuram" em lides sem qualquer fundamento jurídico.

Outro obstáculo sociocultural diz respeito à hesitação dos indivíduos em recorrer aos Tribunais para resolver conflitos. A própria arquitetura do Judiciário pode promover uma relativa "redução" do indivíduo. E esta hesitação pode se expressar também de outra forma: por meio de experiências anteriores no Judiciário ou conhecimento de pessoas com experiências anteriores no Judiciário, que eventualmente não foram experiências bem-sucedidas ou não foram experiências bem vivenciadas. Trata-se do indivíduo que ingressa com a ação judicial e tem uma "má experiência" no Judiciário, ao menos segundo sua interpretação subjetiva. Esta experiência pode ser: a) porque supostamente o juiz se mostrou insensível à sua demanda; b) porque o indivíduo se viu naquela dinâmica judicial com protagonismo incipiente para determinar o curso do processo, com embate de termos técnicos a que ele tem pouca acessibilidade; c) porque efetivamente não se sentiu satisfeito com a decisão judicial.

Em muitos casos, inclusive, o indivíduo pode até estar com a razão no que concerne à sua demanda, mas tem dificuldade na produção de provas, ou então,

não é uma pessoa informada a ponto de, em momentos pré-processuais, efetivamente se preparar para um eventual litígio por meio de recolhimento de provas.

Também é possível elencar como obstáculo sociocultural a falta de acesso aos serviços jurídicos gratuitos, ou, pelo menos, as reduzidas possibilidades de acesso a serviços advocatícios ou judiciais de forma não onerosa, o que produz repercussões socioculturais. O imaginário de que os serviços jurídicos são algo inacessível, muito técnico e pouco compreensível por parte do cidadão é um obstáculo sociocultural relevante e recorrente.

Madalena Duarte explica o acesso ao direito e à justiça, pois, embora pareçam conceitos tautológicos, possuem significados e consequências distintas. Para a autora, apesar de tais institutos estarem correlacionados, o primeiro é mais amplo que o segundo, além de servir como alicerce a ele:

> A expressão "acesso ao direito e à justiça" não é uma expressão redundante. Falar de acesso ao direito não é uma qualquer tradução do acesso à justiça. O primeiro é, sem dúvida, mais amplo, já que engloba também o direito à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário. Do acesso ao direito depende, em grande medida, o acesso à justiça, isto é, o recurso a um tribunal com a finalidade de obter dele uma decisão jurídica sobre uma questão juridicamente relevante. De fato, "como o acesso ao direito constitui um estágio pré-judiciário (ou para-judiciário) somente a sua realização e eficácia garantirão uma via judiciária ou um direito à justiça em pleno pé de igualdade (DUARTE, 2007, p. 2).

Importa esclarecer que o acesso à justiça é um direito essencial pelo fato de ser um instrumento que viabiliza a concretização de uma série de direitos que não se encontram reconhecidos ou protegidos de forma eficaz.

Por muitos anos, a participação do juiz nas decisões se limitou à reprodução das regras previamente estabelecidas. Olhar para a concepção tradicional da hermenêutica permite visualizar o juiz como a "boca da lei", compreendendo o Direito como uma ciência exata. Tal postura se dava em nome da segurança jurídica. Ao juiz cabia a aplicação pura e simples da lei, e sua função se limitaria a de mero tradutor do texto jurídico, distante de qualquer espécie de subjetividade ou papel proativo na realização do direito.

Todavia, o passar do tempo demonstrou a necessidade de um profissional mais participativo nas relações processuais, ainda que ele seja limitado por diversas questões, inclusive éticas. Tornou-se essencial uma figura que interpreta as normas, capta o sentido dos preceitos que nelas estão expressos e busca a melhor solução para o caso concreto.

Com os Juizados Especiais, buscou-se a realização de uma justiça menos burocratizada e mais próxima do cidadão, destinada à resolução de conflitos de

menor complexidade e norteada pelo acesso do cidadão à justiça. Ademais, um dos objetivos precípuos da instituição do rito sumaríssimo foi o de garantir um procedimento de cunho especial, visando à celeridade na tramitação dos feitos. Dessa forma, inovando em relação à sistemática processual comum, a Lei n. 9.099/95 previu critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º).

Uma das maiores preocupações no que diz respeito à distribuição da Justiça é a celeridade na solução dos litígios, uma vez que a demora na conclusão das relações processuais pode representar um indesejável entrave à pacificação social.

Foi nesse sentido que a Emenda Constitucional n. 45/2004 positivou uma norma que assegura a razoável duração dos processos judiciais e administrativos, bem como os meios que garantam a sua celeridade (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF/88). Trata-se de princípio inserido como uma garantia fundamental processual que deve nortear toda a atividade jurisdicional e administrativa, a fim de que as decisões sejam proferidas em tempo razoável e com o emprego de técnicas capazes de assegurar a agilidade nas tramitações. O Código de Processo Civil de 2015, da mesma forma, em seu artigo 4º, consagra o direito das partes de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, em tempo razoável.

Evidentemente, não é possível padronizar um intervalo de tempo considerado suficiente para o desenrolar das lides, de modo que a cronologia processual deve se amoldar às peculiaridades do caso concreto. Entretanto, o tempo do processo, quando ultrapassa o limite do necessário, pode implicar a corrosão dos direitos das partes. O direito ao processo sem dilações temporais indevidas seria, portanto, um corolário do devido processo legal, garantindo a efetividade do direito vindicado.

Percebe-se, pois, que diversos são os fatores que contribuem para a lentidão das demandas intentadas nesta faixa jurisdicional, como número insuficiente de serventuários e juízes e falta de treinamento dos estagiários. Somada à insuficiência de recursos humanos, há também a precariedade das estruturas físicas.

Pode-se dizer que o fortalecimento do acesso à justiça, advindo da Constituição Federal, fez crescer o número de demandas instauradas. A morosidade na resolução dos litígios decorre significativamente do aumento expressivo do número de processos. À medida que se acentua a cidadania, as pessoas buscam os tribunais em maior grau.

ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho é de natureza empírica. Importa esclarecer que a pesquisa empírica é de suma impor-

tância para o mundo jurídico, uma vez que se une às demais ciências sociais. Em conformidade com a perspectiva de Epstein e King (2013), a pesquisa empírica é baseada em observação ou experiência com dados quantitativos e qualitativos produzidos pelos pesquisadores. Ademais, a pesquisa empírica pode ter um papel importante para o discurso público, de modo que pode afetar o manejo do sistema jurídico na sua relação com os cidadãos.

Boa parte dos pesquisadores possui objetivos específicos a serem alcançados no seu trabalho e se guiam por regras gerais para dar segurança e confiabilidade nos resultados. Dessa forma, destacam Epstein e King (2013, p. 23) que, independentemente do tipo de dado empregado, toda pesquisa empírica deve atingir um entre três fins ou, mais tipicamente, alguma combinação deles, quais sejam: coleta de dados para uso do pesquisador ou de outros pesquisadores; resumo dos dados para que sejam facilmente compreendidos; realização de inferências descritivas ou causais, o que envolve usar os dados que observamos para aprender sobre eles.

Nesse contexto, vale ressaltar que o presente trabalho está baseado nas regras de inferência, com o propósito de validar e dar maior confiabilidade aos resultados obtidos. Assim, a inferência é o processo no qual são usados fatos conhecidos para se conhecer algo antes desconhecido, em conformidade com a metodologia utilizada, podendo ser descritiva ou causal. Para chegar aos resultados esperados, foi utilizada a inferência descritiva, que é baseada no aprendizado de fatos desconhecidos por meio dos dados resumidos (EPSTEIN; KING, 2013).

Para se chegar à verificação dos dados, importa que os indícios estejam claros e que se originem de algo concreto, pois somente assim formariam o alicerce para os procedimentos desta pesquisa. Ademais, para ser considerado um adequado trabalho empírico, ele deve aderir ao que Epstein e King (2013, p. 47) chamam de *padrão da replicação*, que consiste na ideia de outro pesquisador conseguir reproduzir a pesquisa sem que haja informação adicional por parte do autor original.

Dessa forma, em primeiro lugar, foi decidido que a coleta dos dados seria da cidade de Juiz de Fora – MG, por ser o local de desenvolvimento do trabalho. Em segundo lugar, foi decidido que os dados deveriam ser recentes para que pudessem trazer atualidade ao estudo, sendo escolhidos os anos de 2015, 2016 e 2017. Em terceiro lugar, ainda como parte destes requisitos estabelecidos como ponto inicial do trabalho, foi decidido que os dados não seriam coletados aleatoriamente e deveriam seguir uma lógica, com a finalidade de serem entendidos com facilidade e de maneira sistematizada. Por consequência, os dados coletados vieram do *site* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, estado onde se situa o município de Juiz de Fora. O *site* mencionado possui um universo jurídico rico de sentenças, principal objeto de análise deste estudo, que estão disponíveis para

consultas. O *site* também permite consultar todas as decisões sobre casos levados a julgamento. Por meio do portal "consulta de jurisprudência", foi escolhida a opção "sentenças", mais especificamente "consulte o sistema de sentenças", que permite a busca do processo pelo seu número, por comarca, pelo nome do magistrado, por data ou assunto, pelo preenchimento de palavras-chave.

Após clicar no *link* citado, o *site* redireciona para outra aba de pesquisa. Neste trabalho não foram utilizados como critério o número do processo e o nome do juiz para realizar as buscas, usaram-se apenas: a) a palavra-chave *medicamento*, que é o enfoque principal; b) a comarca Juiz de Fora; c) o órgão julgador; d) a data de publicação. O órgão julgador escolhido foram as unidades jurisdicionais cíveis do Juizado Especial de Juiz de Fora, a saber: 1ª Unidade Jurisdicional, composta por dois juízes, e 2ª Unidade Jurisdicional, composta por um juiz. Isso ocorreu porque tais Unidades são variações de um órgão e podem trazer um campo maior de dados por possuírem um número significativo de sentenças. O marco temporal foi 1/1/2015 a 31/12/2015 para o ano de 2015, 1/1/2016 a 31/12/2016 para o ano de 2016, e 1/1/2017 a 31/12/2017 para o ano de 2017.

Embora a palavra-chave tenha sido *medicamento*, apareceram outras sentenças com pedidos de internação, mudança hospitalar e tratamentos diversos que não foram coletados por não serem objeto de estudo desta pesquisa. Após selecionadas as sentenças que seriam de suma importância para o desenvolvimento do presente estudo, foram realizados fichamentos para coletar os argumentos de bases normativa, jurisprudencial e teórica.

RESULTADOS

Com os resultados, foi possível a criação de tabelas e a análise dos dados para, então, realizarmos as inferências abordadas por Epstein e King (2013).

A 1ª Unidade Jurisdicional, com o 1º Juiz de Direito, teve coletadas 6 (seis) sentenças no ano de 2015, 2 (duas) sentenças no ano de 2016 e nenhuma sentença no ano de 2017, pois não houve sentenças com medicamentos sendo objeto de pedir durante esse ano.

A 1ª Unidade Jurisdicional, com o 2º Juiz de Direito, teve 23 (vinte e três) sentenças sobre medicamentos prolatadas no ano de 2015, 19 (dezenove) sentenças no ano de 2016, e 31 (trinta e uma) sentenças prolatadas no ano de 2017.

A 2ª Unidade Jurisdicional, com o 3º Juiz de Direito, teve 3 (três) sentenças prolatadas sobre medicamentos no ano de 2015, 15 (quinze) sentenças no ano de 2016 e 13 (treze) sentenças prolatadas no ano de 2017.

O extrato dos argumentos suscitados foi recolhido das sentenças e organizado nas tabelas abaixo:

Tabela 1 – Ano de 2015

Órgão julgador	Argumentação suscitada
1ª Unidade Jurisdicional – 1º Juiz de Direito	A razoabilidade deve timbrar as relações jurídicas e as próprias manifestações do Poder Judiciário.
	A lei orçamentária é finita.
	O laudo apresentado não acompanha as razões e/ou motivações que ensejam a prescrição requestada.
	A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas e que estabeleça o diagnóstico da doença.
1ª Unidade Jurisdicional – 2º Juiz de Direito	A parte autora não detém meios para suprir seus gastos com medicamentos.
	A manifestação do médico que acompanha o estado clínico do enfermo apresenta superioridade técnica e científica.
	A saúde é direito do cidadão e dever do poder público, cabendo-lhe o fornecimento de medicamentos, conforme preceituado na CRFB/88.
	Pode o requerente acionar quaisquer dos entes políticos quando de seu pleito por fornecimento de medicação.
2ª Unidade Jurisdicional – 3º Juiz de Direito	O laudo médico, emitido por profissional do SUS, em que se afirma a necessidade do uso do medicamento, constitui prova indicativa do direito autoral.
	O direito de ação faz parte do sistema de pesos e contrapesos estabelecido pela CRFB/88, a fim de corrigir ilegalidades e conter abusos.
	Tratando-se de pessoa enferma e desprovida de recursos financeiros, a inércia administrativa implica ofensa ao direito à saúde.

Tabela 2 – Ano de 2016

Órgão julgador	Argumentação suscitada
1ª Unidade Jurisdicional – 1º Juiz de Direito	O laudo médico, emitido por profissional do SUS, em que se afirma a necessidade do uso do medicamento, constitui prova indicativa do direito autoral.
	Somente o médico que acompanha o caso tem as credenciais para determinar o tratamento necessário.
	O direito de ação faz parte do sistema de pesos e contrapesos estabelecido pela CRFB/88, a fim de corrigir ilegalidades e conter abusos.

	Tratando-se de pessoa enferma e desprovida de recursos financeiros, a inércia administrativa implica ofensa ao direito à saúde.
	Quando da tutela do mínimo existencial, não se justifica a negativa de fornecimento de medicamentos diante de argumentos tais quais a falta de receituários do SUS, da não inclusão do medicamento necessitado em lista oficial, de limitações orçamentárias ou de aplicação da teoria da reserva do possível.
	Direitos tais quais aquele à saúde não podem permanecer à deriva da atenção do Estado.
	Diante da ausência de qualquer evidência objetiva a demonstrar a superioridade do fármaco, em relação aos fornecidos pelo Poder Público, configurada está a improcedência.
	A situação financeira estável do requerente deve ser encarada como requisito, linha mestra para análise do direito pleiteado. Além disso, não se tratando de medicamento excepcional, a improcedência se determina.
1ª Unidade Jurisdicional – 2º Juiz de Direito	A manifestação do médico que acompanha o estado clínico do enfermo apresenta superioridade técnica e científica em relação à recomendabilidade do fármaco.
	A parte autora não detém meios para suprir seus gastos com medicamentos e não pode ficar à mercê do desinteresse das autoridades.
	A saúde é direito do cidadão e dever do poder público, cabendo-lhe o fornecimento de medicamentos, conforme preceituado na CRFB/88.
	Pode o requerente acionar qualquer dos entes políticos quando de seu pleito por fornecimento de medicação, posto ser a saúde obrigação solidária entre eles.
	A decisão acerca do tratamento adequado é do médico.
	Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, o fornecimento do fármaco não pode ser negado pelo Poder Público sob alegação de reserva do possível.
	Há normas financeiras limitadoras da atuação estatal, porém há também a possibilidade de abertura de créditos orçamentários adicionais para aquisição dos medicamentos pleiteados.

2ª Unidade Jurisdicional – 3º Juiz de Direito	O laudo médico, emitido por profissional do SUS, em que se afirma a necessidade do uso do medicamento, constitui prova indicativa do direito autoral.
	O direito de ação faz parte do sistema de pesos e contrapesos estabelecido pela CRFB/88, a fim de corrigir ilegalidades e conter abusos.
	Tratando-se de pessoa enferma e desprovida de recursos financeiros, a inércia administrativa implica ofensa ao direito à saúde.

Tabela 3 – Ano de 2017

Órgão julgador	Argumentação suscitada
1ª Unidade Jurisdicional – 2º Juiz de Direito	Cabe ao Poder Legislativo a decisão sobre a alocação dos recursos financeiros acerca dos medicamentos/tratamentos previstos em normas a que estão adstritos os administradores.
	A ausência superveniente de uma das condições da ação acarreta a extinção do feito sem resolução de mérito.
	O Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas de saúde apenas quando estas inexistirem ou flagrantemente se apresentarem insuficientes ao atendimento das necessidades da população.
	Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não fornece medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública.
	A parte autora não detém meios para suprir seus gastos com medicamentos e não pode ficar à mercê do desinteresse das autoridades.
	A manifestação do médico que acompanha o estado clínico do enfermo apresenta superioridade técnica e científica em relação à recomendabilidade do fármaco.
	A saúde é direito do cidadão e dever do poder público, cabendo-lhe o fornecimento de medicamentos, conforme preceituado na CRFB/88.
	Pode o requerente acionar quaisquer dos entes políticos quando de seu pleito por fornecimento de medicação, posto ser a saúde obrigação solidária entre eles.
2ª Unidade Jurisdicional – 3º Juiz de Direito	A importância da tutela dos direitos fundamentais não pode ficar diminuída pelo simples argumento da escassez de recursos orçamentários.

2ª Unidade Jurisdicional – 3º Juiz de Direito	O profissional que melhor tem condições de saber qual é o efetivo risco a que está exposta a paciente e qual é o tratamento que se mostra adequado àquele quadro individualizado é o médico que a assiste.
	O réu não trouxe aos autos nenhum estudo individualizado do quadro da autora, não podendo as indicações genéricas suplantar a receita específica feita pelo médico que assiste a paciente.
	É indiscutível o direito da autora à preservação da vida e da saúde, bem como a omissão do poder público em fornecer os instrumentos necessários que visam garanti-las.
	O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria CRFB/1988 (art. 196).
	O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.
	O Poder Público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.
	Não comparecimento injustificado do autor à audiência, o que exige a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 51, I, da Lei n. 9.099/95, considerando a contumácia.

Passando-se à realização das inferências, torna-se possível verificar a existência de sentenças prolatadas pelos Juízes de Direito da 1ª Unidade Jurisdicional em que há argumentos tais quais aqueles atinentes à observância de a reserva do possível e de a reserva em matéria orçamentária não constituírem abuso da autoridade administrativa quando de sua negativa de fornecer o medicamento requerido, bem como aquele referente ao Judiciário não dever intervir nas políticas públicas de saúde, a não ser se elas inexistirem ou flagrantemente se apresentarem insuficientes ao atendimento das necessidades públicas.

O que há de interessante nesses argumentos, que são utilizados como fundamento para a improcedência quanto à concessão de medicamento pelo judicante, é que contrariam o entendimento predominante na jurisprudência local quanto a medicamentos deverem sempre ser concedidos para pessoas destituídas de recursos, dado o fato de o direito à saúde ser um corolário do próprio direito à vida, decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa dissonância à jurisprudência majoritária, com utilização dos mesmos argumentos usualmente rechaçados pela última, constitui violação à integridade enquanto princípio balizador do sistema de Justiça, posto que as mesmas normas,

dependendo do caso, estão sendo aplicadas de modos diametralmente opostos perante os jurisdicionados.

Observou-se uma espécie de padronização dos argumentos, uma repetição no modo de prolatar as sentenças, sem realizar uma distinção entre os próprios medicamentos requeridos, pois alguns deles possuem um custo reduzido enquanto outros geram maior dispêndio aos cofres públicos, além de necessitarem de fornecimento constante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo analisar a judicialização de medicamentos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis em Juiz de Fora – MG. Com intuito de realizar um diagnóstico mais preciso, foram coletadas todas as sentenças prolatadas nos anos de 2015, 2016 e 2017, e foi realizada uma análise dos argumentos de decisão dos magistrados.

No decorrer da pesquisa, foi possível verificar que o direito à saúde, como direito constitucional social, é frequentemente discutido no Poder Judiciário. Diversas são as demandas contra o Poder Público para que sejam fornecidos gratuitamente medicamentos e/ou tratamentos de forma individualizada.

Por meio da coleta e análise de dados, foi possível diagnosticar que, com frequência, os magistrados da Comarca de Juiz de Fora – MG condenam a Administração Pública a fornecer medicamentos, sujeitando-a até mesmo à aplicação de multa diária pelo não cumprimento da obrigação.

Além disso, há de se considerar que, no que tange às condições orçamentárias, percebe-se que uma gestão não capacitada para o exercício de suas funções acaba por onerar ainda mais os cofres públicos, pois, na medida em que as necessidades da sociedade não são supridas, ela busca o Poder Judiciário para intervir. Dessa forma, a partir do momento em que há uma sentença condenatória, cabe à Administração Pública cumprir a ordem judicial, sob pena de multa.

Por fim, importa salientar que, embora a Administração Pública não tenha sido objeto de estudo da presente pesquisa, esta poderá estudar e planejar medidas que sejam eficazes para que a saúde pública obtenha melhor qualidade e atenda o maior número de pessoas, evitando, assim, a busca ao Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde. Dentre as medidas razoáveis, vale mencionar a possível licitação e inclusão do fármaco Lucentis na lista de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, evitando vários processos e condenações que obrigam a Administração Pública a arcar com o preço comercializado pelas farmácias.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe. *Direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2013.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. *Judicialização da saúde no Brasil*. Brasília: CNJ, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

CARLINI, Angélica. A saúde pública e as decisões dos tribunais: apontamentos para uma reflexão crítica. *In:* ASENSI, F. D. e PINHEIRO, R. (org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. *Oficina do CES*, Coimbra, p. 1-16, fev. 2007.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito:* as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses:* le juge et la democratie. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, p. 73-91, out. 2008.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

PINHEIRO, Roseni; GUIZARDI, Francine; MACHADO, Felipe; GOMES, Rafael. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. *In:* PINHEIRO, R. e MATTOS, R. A. de (org.). *Construção social da demanda:* direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos. Rio de Janeiro: Cepesc/UERJ/Abrasco, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. *In:* NUNES, A. J. A.; SCAFF, F. F. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STIVAL, Sephora Luyza Marchesini; GIRÃO, Filomena. A judicialização da saúde: breves comentários. *Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 5, p. 141-158, abr. 2016.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? *In:* TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (ed.). *The global expansion of judicial power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 27-37.

WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999.

WERNECK VIANNA, L. J.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos Cedes*, 2006.

Data de recebimento: 30/06/2018

Data de aprovação: 17/09/2018

AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO MUNDO RURAL: PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS*

AFFIRMATIVE ACTIONS AND THE RIGHT TO EDUCATION IN THE RURAL WORLD: CONTEMPORARY PERSPECTIVES

*Thaís Janaina Wenczenovicz***
*Eliziário Toledo****

RESUMO

O presente artigo busca analisar elementos que tangenciam a construção histórica das ações afirmativas no Brasil, com destaque para os seus mecanismos de efetividade estatal ao acesso à educação para o mundo rural. Diversas são as políticas públicas que atendem às demandas educacionais no contexto rural. Os cursos apoiados pelo Pronera atendem jovens e adultos de assentamentos criados ou reconhecidos pelo Incra, quilombolas e trabalhadores rurais acampados cadastrados pelo instituto e beneficiários do Programa Nacional de Crédito Fundiário. O Pronera foi concebido como uma política pública de Educação do Campo, instituída pelo Decreto n. 7.352, em 2010. Neste contexto, o Pronera se consolidou para incentivar e estimular o processo educativo por meio de cursos desde a alfabetização até a pós-graduação para promover o desenvolvimento do campo. Utiliza-se como procedimento metodológico o bibliográfico-investigativo, acrescido de dados estatísticos do Incra.

Palavras-chave: Ações afirmativas; Brasil; Mundo rural; Pronera.

---

* Este artigo é resultado dos trabalhos junto ao Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS intitulado Direitos humanos e justiça: perspectivas decoloniais.

** Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná-UNIOESTE. Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) – UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais. E-mail: t.wencze@terra.com.br.

*** Sociólogo, mestre em Desenvolvimento Rural (PGDR-UFRGS), doutor Desenvolvimento Sustentável (CDS-UnB), mestrando em Ciência e Tecnologia Ambiental (PPGCTA-UFFS). E-mail: enbtoledo@gmail.com.

ABSTRACT

The present article seeks to analyze elements that touch on the historical construction of affirmative actions in Brazil, with emphasis on its State effectiveness mechanisms on Education for the rural world. There are several public policies that meet the educational and educational demands on the rural context. In this way, it is sought to analyze some spaces that propose to stimulate and encourage Education Pronera, which supports courses from literacy to postgraduate to promote the development of the field. The courses supported by Pronera serve young people and adults from settlements created or recognized by Incra, quilombolas and camped rural workers registered by the institute, as well as beneficiaries of the National Land Credit Program. The Pronera was conceived as a public policy of Field Education, instituted by Decree n. 7.352, of 2010. In this context, Pronera consolidated to encourage and stimulate the educational process through courses ranging from literacy to postgraduate to promote the development of the field. The bibliographic-investigative method is used as methodological procedure, plus statistics the Incra.

Keywords: Affirmative actions; Brazil; Rural world; Pronera.

INTRODUÇÃO

A história brasileira, desde os seus primórdios, foi e vem sendo marcada pela desigualdade social, segregação e vulnerabilidade, e que, via de regra, quase sempre são mais agudas nas regiões rurais. Há inúmeros movimentos de grupos específicos e da sociedade como um todo com o objetivo de diminuir as desigualdades locais, regionais e nacionais, além da prática reiterada de discriminações e vulnerabilidade, ainda que veladas, em função do pertencimento econômico, da etnia, do gênero, da orientação sexual, da raça, entre tantas outras que ocupam espaço na cultura nacional. Todavia, sob o aspecto normativo, o Brasil apresenta diversos mecanismos que orientam ações quanto à igualdade formal de sua sociedade, visto que é signatário de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, e sua constituição vigente tem como base a dignidade da pessoa humana e a erradicação de qualquer forma de discriminação.

Por outro lado, observa-se que, na teia social, a prática social cotidiana tem se mostrado distante da realidade estabelecida em sua ordem jurídica. A expressão da distância do país de fato em confronto ao país de direito é inequívoca. Se, por um lado, as normas proíbem tratamento desigual, por outro, é cada vez mais flagrante e eminente a dificuldade de a sociedade brasileira cumprir espontaneamente os preceitos de igualdade real. Torna-se desafiador compreender o paradoxo do porquê de um país formado pela miscigenação e multiculturalismo, fundamentado em diversas culturas, religiões e raças, signatário de tantos tratados sobre igualdade e com uma Constituição tão contundente na proibição de

discriminação, destaque-se justamente por possuir uma população que deliberadamente assume práticas preconceituosas.

No universo educacional, exemplos não faltam. No binômio inclusão x exclusão, pode-se apontar que, nos últimos anos, os alunos pobres, pretos, pardos e indígenas receberam alguma atenção nas universidades estaduais e federais. É inegável que a educação deve primordialmente considerar o contexto socioeconômico e cultural dos indivíduos, contudo, essa abordagem traz à tona um dilema quase incontornável. É sabido que o processo de desterritorialização das regiões brasileiras está conectado com a crescente transformação da agropecuária e da sociedade nos últimos cinquenta anos. Notadamente, o país passou de perspectiva eminentemente rural e agrícola para outra predominantemente urbana e industrial, em que a problemática fundiária do país não foi tocada, e não cremos que isso será realizado a curto prazo, contudo, a produção de alimentos dá indícios de que foi equacionada.

Para tanto, basta analisar os dados censitários desde a década de 1950 até 2010, pois, neste período, foram mais de 52 milhões de habitantes sistematicamente desenraizados das regiões rurais para os centros urbanos (IBGE, 2010), cumprindo, desse modo, o enunciado de Lewis (1954), segundo o qual o segmento rural e outros espaços sociais fragilizados, e vivendo em regime de subsistência, poderiam suprir as necessidades de mão de obra do setor industrial (e de outros). A oferta de trabalho, na visão de Lewis, a mão de obra excedente, precária ou desempregada, seria atraída pela possibilidade de gerar renda mais elevada do que a renda rural (e que de fato ocorreu), mesmo que a renda auferida fosse restrita a cobrir o mínimo da subsistência e de reprodução social necessárias à manutenção desse numeroso "exército de reserva".

O metódico esvaziamento das regiões rurais está conectado com a transformação produtiva e tecnológica da agropecuária, que opera em ambientes cada vez mais monetarizados, mercantilizados e concorrenciais. Dessa forma, cabe a reflexão se a modalidade da "educação do campo", inclusas aí as necessidades dos assentamentos da reforma agrária, nos moldes atuais, é ou foi capaz de oferecer as condições mínimas para atender às demandas de uma atividade que foi majoritariamente transformada em atividade econômica, pautada cada vez mais pela necessidade de habilidades administrativas e gerenciais. Além disso, a terra, que, no passado, era o principal fator de produção, mas atualmente está sendo suplantada pela adoção de tecnologia, a fim de elevar a produtividade da terra e do trabalho. Esse fator exige a apreensão de competências técnicas exigidas na condução dos empreendimentos agropecuários, que, em última análise, buscam ampliar a renda monetária oriunda das atividades. Esse debate ainda enfrenta muitas negativas e resistências por parte dos estudiosos rurais, das organizações sociais, sindicais e políticas dos agricultores, que seguem presas na rota do pas-

sado por meio do denuncismo e na exacerbação do conflito agrário e fundiário. Isso ocorre na medida em que esses mediadores têm uma visão nitidamente anticapitalista da agropecuária em uma sociedade que é visivelmente capitalista.

No tocante à oferta de educação às populações rurais, é necessário considerar que a infraestrutura social, pedagógica e material à oferta de educação se perde em um cipoal de atribuições gerenciais, legais e de disputas políticas entre as distintas esferas administrativas (União, Estados e Municípios). Esses entraves afastam as possibilidades de atender às demandas mais elementares que acenem ou indiquem qual o lugar e o papel dos agricultores familiares e das regiões rurais para o desenvolvimento do país para além das funções históricas de produzir alimentos e matéria-prima a custos baixos.

No caso específico dos assentamentos da reforma agrária, a educação é operacionalizada por meio do Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (Pronera), que propõe e apoia projetos de educação para jovens e adultos nos projetos de assentamento criados e reconhecidos pelo Instituto Nacional de Reforma Agrária (Incra) aos quilombolas e trabalhadores rurais acampados e cadastrados na autarquia, além dos beneficiários do Programa Nacional de Crédito Fundiário (PNCF). O relatório do Incra/Pronera (2016) apontou que há 167.648 alunos atendidos pela Educação de Jovens e Adultos (EJA), 9.116 no ensino Médio, 5.347 no Ensino Superior, 1.765 especialistas e 1.527 em modalidade de Residência Agrária Nacional.

O presente artigo objetiva analisar elementos que tangenciam a construção histórica das ações afirmativas no Brasil, com especial ênfase aos mecanismos de efetividade estatais, com destaque ao Pronera, que apoia cursos desde a alfabetização até a pós-graduação, a fim de promover o desenvolvimento rural. Os cursos apoiados pelo Pronera atendem jovens e adultos dos assentamentos rurais criados ou reconhecidos pelo Incra, além dos quilombolas e trabalhadores rurais acampados temporariamente e cadastrados pelo instituto, e aos beneficiários do PNCF. Por outro lado, busca entender as expressões das ações afirmativas no Brasil, com ênfase para a recente dicotomia entre seu uso como mecanismo de efetividade do direito fundamental à igualdade real *versus* o questionamento por segmentos da sociedade sobre a abusividade e desproporcionalidade de algumas medidas por elas implementadas.[1]

A metodologia utilizada neste texto foi a pesquisa bibliográfica-investigativa, acrescida de pesquisa quantitativa. Além disso, também serviu de base para

---

[1] Para a temática, recomenda-se leitura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 sobre a decisão do STF quanto aos atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior, ou seja, políticas de ações afirmativas a fim de corrigir distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

a construção dessa pesquisa o estudo de dados obtidos por meio dos Relatórios da Organização das Nações Unidas (ONU), pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), bases estatísticas do Incra, especialmente os dados do Pronera, do SIGA Brasil Relatórios,[2] o sistema de informações sobre orçamento público federal, que permite acesso amplo e facilitado aos dados do Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi) e a outras bases de dados sobre planos e orçamentos públicos diretamente conectadas com as ações afirmativas, tema a ser ampliado na seção a seguir.

AÇÕES AFIRMATIVAS: CONCEITOS PONTUAIS

Pode-se dizer, objetivamente, que uma ação afirmativa busca oferecer igualdade de oportunidades a todos. As ações afirmativas podem ser de três tipos: com o objetivo de reverter uma ou mais representações negativas, para promover igualdade de oportunidades, e para combater o preconceito e o racismo. Quando se estuda o tema "ações afirmativas", um dos primeiros traços encontrados é de que elas são um mecanismo de Estado que busca a concretização da igualdade real entre os indivíduos, nas situações em que a própria sociedade se mostra incapaz de, por si só, alcançar maturidade cultural para chegar a um nível aceitável de equidade, sem discriminações.[3]

A consolidação do ideário de colonialismo e colonialidade do poder e do saber trouxe, com destaque aos continentes colonizados, distanciamentos sociais, o que levou à necessidade de criação de ferramentas de aproximação dos coletivos, diante da necessidade de efetividade de direitos de igualdade e fraternidade.

A busca da igualdade ou da isonomia, juntamente com a liberdade, é um traço marcante das sociedades ocidentais que vem desde a Grécia antiga, desde 508 a.C., por Clístenes, considerado o pai da democracia ateniense. A concepção mais próxima do modelo atual de igualdade tem origem na Carta Magna do Rei João Sem-Terra, da Inglaterra, ainda no século XIII. Rui Barbosa (1999), o grande jurista brasileiro, notabilizou o conceito em discurso, ao paraninfar os alunos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em São Paulo. No discurso *Oração aos moços*, Barbosa reverbera o vernáculo ao enfatizar que:

---

2 BRASIL. Senado Federal – SIGA Brasil. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil. Acesso em: 8 jul. 2018.

3 Ver também sobre a temática em: ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. *Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *Ações afirmativas e estado democrático social de direito*. São Paulo: LTr, 2009; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

> A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.[4]

A igualdade meramente formal, portanto, restou inapta a garantir a equidade real, pois não considerava as particularidades limitadoras de cada pessoa, culminando por servir a um grupo social em detrimento de outro. Com a percepção dessa distorção é que surgiu a ideia da construção de uma nova espécie de igualdade, definida como material, substancial ou real, que teve espaço dentro do modelo de Estado Social de Direito, no início do século XX.

O Estado, utilizando-se de seu poder normativo, cria normas temporárias que atribuem tratamento privilegiado em benefício de certos grupos discriminados. Em razão dessa característica normativa, as ações afirmativas não poderiam ter origem privada ou qualquer outra forma que não seja amparada por algum ato normativo estatal. Nessa lógica, as ações afirmativas são uma resposta do aparelho do Estado às demandas que a sociedade civil se mostra incapaz de equacionar ou resolver sozinha. Por isso, quando a própria iniciativa privada aplica medidas para reduzir ou eliminar situações de desigualdade social, tem-se a materialização de uma mudança cultural coletiva, e não uma ação afirmativa propriamente dita.

Como se pode observar, as ações afirmativas buscam garantir a liberdade e a igualdade entre os indivíduos (mesmo que desiguais) que compõem uma sociedade, mas sob a luz da fraternidade.[5] Desse modo, opta-se por adotar, dentro dos limites deste ensaio, a expressão "ações afirmativas" para denominar o instrumento temporário de inclusão social,[6] de iniciativa pública ou privada, que concretiza uma compensação, realizada por meio de um tratamento desigual, preferencial e até mesmo discriminatório em favor daqueles que se encontram em situação de desigualdade em relação aos demais membros de uma dada sociedade, buscando, dessa forma, garantir, ao final de sua aplicação, uma igualdade real ou substancial entre todos.

---

4 BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.

5 HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad:* 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

6 PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005. p. 49.

No entanto, no tocante às peculiaridades do mundo rural e às demandas de educação, estas, para melhor compreensão, serão ampliadas na seção a seguir.

O MUNDO RURAL E A EDUCAÇÃO

É recorrente na literatura especializada, nos debates políticos, na agenda dos movimentos sociais, organizações não governamentais e sindicatos a crítica generalizada sobre a qualidade e o volume de investimentos públicos alocados para a área da educação. E, quando se trata da oferta desse bem público às populações rurais, revela, de forma inequívoca, que o país ainda não encontrou seu verdadeiro eixo de desenvolvimento,[7] a fim de recolocar adequadamente seu papel e função para as regiões rurais. A educação, como um bem fundamental, função e dever do Estado, está descrita no artigo 205 da Constituição Federal (CF) de 1988, contudo, ainda é uma promessa, e que não passa somente pela suposta escassez de recursos.

Em relatório publicado sobre o Brasil, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico[8] afirma que o país alocou 5,4% do PIB em educação em 2014. Esse percentual supera a média destinada pelos países da OCDE e da América Latina, entretanto, o desempenho escolar fica abaixo da Colômbia, México e Uruguai, que gastam menos por estudante do que o Brasil.

Por conta das opções que o país tomou, as regiões rurais quase sempre foram vistas como uma questão secundária, cuja função foi suprir o setor industrial com matéria-prima, alimentos a baixo custo e na oferta de mão de obra por meio do sistemático e contínuo processo de êxodo rural. Assim, o acesso à educação foi e continua sendo um desafio. Dessa forma, a elevação da escolaridade dos agricultores familiares que optaram por continuar nas atividades agropecuárias se torna um elemento central na promoção do desenvolvimento rural. Escolaridade mais elevada representa mais uso de tecnologia e de insumos de produção, itens que elevam a produtividade do trabalho e da terra e que geram especialização produtiva.[9]

Dessa forma, a influência da educação como instrumento de autonomia e viabilização econômica dos agricultores por meio dos estudos foi um dos estudos

---

7 VEIGA, José Eli da *et al*. O Brasil precisa de uma estratégia de desenvolvimento. *In:* IICA, Brasília, 2001.

8 OCDE. Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico. *Relatórios Econômicos OCDE – Brasil 2018*. Disponível em: https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

9 HELFAND, Stefen; MOREIRA, Ajax; JUNIOR, Edward Bresnyan. Agricultura familiar, produtividade e pobreza no Brasil: evidências do Censo Agropecuário 2006. *In:* SCHNEIDER, S.; FERREIRA, B.; ALVES, F. *Aspectos multidimensionais da agricultura brasileira:* diferentes visões do Censo Agropecuário 2006. Brasília: IPEA, p. 279-311, 2014.

pioneiros de Schultz (1965), a fim de torná-los mais "produtivos", por intermédio da ampliação do "capital educacional", base para os estudos da Teoria do Capital Humano desenvolvida por Becker (1964). A necessidade de educação formal está diretamente conectada com os padrões e com as condições tecnológicas da agricultura, mas ressalte-se que somente estas condições, por si sós, não explicam e nem viabilizam os agricultores. Bebbington (1999) considera que o processo de desenvolvimento da agricultura necessita de outras formas de capital, tais como a disponibilidade de capital financeiro, capital físico, capital natural e o capital social, considerado pelo autor a mais importante base facilitadora e indutora para o processo econômico de desenvolvimento.[10]

PRONERA: TRAJETÓRIA HISTÓRICA E ATUAÇÃO

O Brasil historicamente expressou um contumaz abandono das necessidades educacionais da população do campo. As Constituições do Brasil Colônia (1824) e da Primeira República (1891) nada registraram a esse respeito. Mesmo assim, na virada do século XX, o 1º Congresso da Agricultura do Nordeste Brasileiro, realizado em 1923, previa, em seus anais, a necessária implantação de instituições destinadas à formação de jovens que se dedicariam à agricultura.[11]

A Lei Orgânica do Ensino Agrícola, promulgada por meio do Decreto Lei n. 9.613/46,[12] regulamentou os cursos profissionalizantes nesta área, caracterizados, à época, como cursos para os filhos dos pobres. Aqui, a legislação parece estabelecer uma relação entre agricultura e pobreza, e a educação acena com uma forte tendência a ser uma política compensatória, e não a tradução de um direito.

Como já foi antecipado, o artigo 205 da CF anota que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, portanto, configura-se como um direito subjetivo. Dessa forma, a educação no Brasil é normatizada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a Lei 9.394/96,[13] que, no seu artigo 28, garante a oferta da educação básica para a população rural, enfatizando que "[...] adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região" no tocante às necessidades curriculares, metodológicas e organizacionais. A lei deveria ser o suporte e apoio de ações eficazes, por meio de políticas públi-

---

10 BEBBINGTON, Anthony. A capitals and capabilities: a framework for analyzing peasant viability, rural livelihoods and poverty. *World Development*, 27, n. 12, p. 2021-2044, 1999.

11 CARNEIRO, Maria Esperança Fernandes; AFONSO, Lucia Helena Rincón; SIQUEIRA, Teresa Cristina Barbo. Produção de saberes: relatório metodológico de pesquisa II. *Educativa*, Goiânia, v. 14, 2011.

12 BRASIL. Lei Orgânica do Ensino Agrícola, 1946. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9613-20-agosto-1946-453681-publicacaooriginal-1. Acesso em: 15 jul. 2018.

13 BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a Lei 9.394/96, 1996. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

cas educacionais capazes de resgatar a dívida social histórica nesta temática. Essa realidade não mudou substancialmente, de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2013), ao anotar a taxa de analfabetismo de 21,1% no segmento rural, sendo que, em 2008, esse índice era de 23,2%.[14]

De acordo com Carneiro, Afonso e Mesquita (2016), foi o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) que, buscando ações de reconhecimento da especificidade da educação no campo, capitaneou a realização do I Encontro Nacional de Educadores/as da Reforma Agrária (Enera), em julho de 1997. O Encontro teve grande participação da sociedade civil e amplo apoio de Grupos de Trabalho de Apoio à Reforma Agrária da Universidade de Brasília (GT-RA/UnB), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), do Fundo das Nações Unidas para a Ciência e Cultura (Unesco) e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).[15]

Por meio da Portaria n. 10/98, foi publicada, em 16 de abril de 1998, pelo Ministério Extraordinário de Política Fundiária, criando o Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (Pronera). Em 2001, o programa foi incorporado à estrutura do Incra, por meio da Portaria n. 837/2001, e é elaborado o Manual de Operações, detalhando as diretrizes, objetivos e ações do programa. Em 2004, por meio da Portaria n. 282, entra em vigor o novo Manual de Operações, estabelecendo o direito à participação dos movimentos sociais. A partir dessa iniciativa, órgãos governamentais começaram a se movimentar para operacionalizar a ideia, "[...] dada a grande demanda dos movimentos sociais por educação no meio rural e a situação deficitária da oferta educacional no campo, agravada pela ausência de uma política pública específica no Plano Nacional de Educação".[16]

O programa foi finalmente institucionalizado em outubro de 2007, nove anos após a sua criação. Esse processo foi viabilizado devido às iniciativas de participação de vários representantes de universidades, especialmente cinco delas,[17] que, ao se reunirem na UnB em Brasília, debateram de que forma as

---

[14] IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. *In: Estudos & Pesquisas:* informação demográfica e socioeconômica, n. 34, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http:// www.ibge.gov.br. Acesso em: 15 jul. 2018.

[15] CARNEIRO, Maria Esperança Fernandes; AFONSO, Lucia Helena Rincón; SIQUEIRA, Teresa Cristina Barbo. Produção de saberes: relatório metodológico de pesquisa II. *Educativa*, Goiânia, v. 14, 2011. p. 15.

[16] INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – 2015. *Cidadania e reforma agrária:* histórico do Pronera, 2015, p. 1. Disponível em: http://www.incra.gov.br/pronerahistoria. Acesso em: 12 jul. 2018.

[17] Universidade de Brasília (UnB), Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), Universidade Federal de Sergipe (UFS) e Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho (Unesp).

instituições de ensino superior poderiam auxiliar na execução do processo educacional, a fim de atender às necessidades e especificidades contextuais dos assentamentos rurais, alcançando, dessa forma, o objetivo geral do programa, cuja atribuição precípua é de fortalecer:

> [...] a educação nas áreas de Reforma Agrária estimulando, propondo, criando, desenvolvendo e coordenando projetos educacionais, utilizando metodologias voltadas para a especificidade do campo, tendo em vista contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável.[18]

O Pronera é uma política pública traduzida por Rocha e Dias (2012) como política social compensatória, embora reconheçam que isso não desmerece a luta empreendida pelos movimentos sociais do campo pela garantia do direito constitucional à educação.[19] O Pronera é um instrumento de política pública de educação do campo, instituído pelo Decreto n. 7.352/2010,[20] com o objetivo de desenvolver projetos educacionais de caráter formal para todos os níveis a serem executados por instituições de ensino para os beneficiários do Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRA), do Crédito Fundiário, e dos projetos realizados pelos órgãos estaduais, desde que reconhecidos pelo Incra (BRASIL, 2016).

O Pronera chegou com a pretensão de ofertar condições mínimas às populações rurais, no caso específico dos assentamentos rurais, compreendendo o acesso a esse direito pelos trabalhadores e populações excluídas, por meio da alfabetização e escolarização de jovens e adultos (EJA), formação de educadores para as escolas e a formação técnica profissional de níveis médio, superior e para a pós-graduação.[21]

O Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária completou duas décadas de funcionamento e apresenta números significativos no decorrer de sua trajetória. Segundo dados do Incra (2018), mais de 200 mil alunos foram beneficiados, 880 municípios brasileiros atendidos com aproximadamente 360 cursos entre EJA e pós-graduação, em parceria com 82 instituições de ensino públicas e privadas sem fins lucrativos.[22]

---

18 INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – 2015. *Cidadania e reforma agrária:* histórico do Pronera, 2015, p. 17. Disponível em: http://www.incra.gov.br/pronerahistoria. Acesso em: 12 jul. 2018.

19 ROCHA, Helianane Oliveira; DIAS, Ilzeni Silva. *A implantação da política pública compensatória:* proposições e impactos do Pronera no Estado do Maranhão via o MST. Disponível em: seer.pucgoias.edu.br/index.php/educativa/article/download/5023/2776.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

20 Ver em BRASIL. Decreto n. 7.352, de 4 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d52. Acesso em: 19 jul. 2018.

21 CARNEIRO, Maria Esperança Fernandes; AFONSO, Lucia Helena Rincón; SIQUEIRA, Teresa Cristina Barbo. Produção de saberes: relatório metodológico de pesquisa II. *Educativa*, Goiânia, v. 14, 2011. p. 18.

22 Disponível em: http:/www.incra.gov.br. Acesso em: 19 jul. 2018.

Enfatiza-se que o programa foi criado com o objetivo de ampliar os níveis de escolarização dos agricultores assentados e atuar como um instrumento de democratização do conhecimento na área rural e, por meio dele, permitir que o Governo Federal apoie projetos de educação que possuam metodologias voltadas para o desenvolvimento das áreas de reforma agrária.[23]

Em sua maioria, os cursos são baseados na pedagogia da alternância, divididos em tempo escola (aulas presenciais, equivalentes a 70% da carga horária) e tempo comunidade (aulas práticas nas comunidades às quais os alunos pertencem, equivalentes a 30% da carga horária). Tal divisão proporciona aos alunos a oportunidade de estudar e produzir, contribuindo para sua permanência no campo e atuação enquanto agente ativo em ações de sustentabilidade na zona rural.

Em alusão à Lei n. 9.394/96, as orientações acerca do Pronera asseguram sua organização curricular de acordo com as demandas dos sujeitos do campo em face do seu pertencimento e identidade. Esse princípio é respaldado pelo art. 28 da referida lei, que afirma que:

> Na oferta da educação básica para a população rural, os sistemas de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação, às peculiaridades da vida Rural e de cada região, especialmente:
>
> I – conteúdos curriculares e metodologias apropriadas às reais necessidades e interesses dos alunos da zona rural;
>
> II – organização Escolar própria, incluindo a adequação do calendário escolar as fases do ciclo agrícola e as condições climáticas;
>
> III – adequação à natureza do trabalho na zona rural.[24]

Segundo dados obtidos por meio do Relatório da II Pesquisa Nacional sobre Educação na Reforma Agrária (II PNERA),[25] que sistematizou números do Pronera de 1998 a 2011, revelou-se que, em 13 anos, foram realizados mais de 320 cursos de Educação para Jovens e Adultos (EJA) nos níveis Fundamental, Médio

---

[23] Nesse contexto, jovens e adultos participam de cursos de educação básica (alfabetização, ensinos Fundamental e Médio), técnicos profissionalizantes de nível médio e diferentes cursos superiores e de especialização. O Pronera também capacita educadores para atuar nas escolas dos assentamentos e coordenadores locais, que agem como multiplicadores e organizadores de atividades educativas comunitárias.

[24] BRASIL. LDB 9394/96. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529732/lei_de_diretrizes_e_bases_1ed.pdf. Acesso em: 15 maio 2018.

[25] Pesquisa desenvolvida pelo IPEA. Neste relatório, apresentam-se os resultados de um dos projetos da II Pesquisa Nacional sobre a Educação na Reforma Agrária (II PNERA). Trata-se do Banco de Dados do Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária – o DataPronera –, que levantou dados das ações do Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (Pronera) para o período de 1998 a 2011.

e Superior, que envolveram 82 instituições de ensino, 38 organizações demandantes e 244 parceiros.[26]

Os 320 cursos foram realizados em 880 municípios, em todas as unidades da federação, e diversos deles foram realizados concomitantemente, com uma média nacional de mais de cinco ocorrências por curso, abrangendo 1.753 realizações. Dos números de cursos sob a supervisão do Incra, destacam-se as SRs do Pará (33 cursos), do Rio Grande do Sul (27 cursos), da Bahia (23 cursos), da Paraíba (21 cursos) e do Maranhão (20 cursos). A maior parte dos cursos compreendeu a alfabetização e escolarização dos anos iniciais do ensino fundamental. No ensino médio, destacam-se as modalidades técnico concomitante e técnico integrado; no Ensino Superior, a graduação aparece com 42 cursos; e a pós-graduação com 12, nas modalidades especialização e residência agrária.[27]

Também se observa que o Pronera nasceu provendo cursos nos níveis fundamental, médio e superior, chegando à relação de 50% de cursos do fundamental, 32% do médio e 18% do superior em 2008, quando foi criado o maior número de cursos.[28]

Com relação aos alunos ingressantes e concluintes, é possível destacar as seguintes dimensões: quantidade absoluta e relativa por SR, por modalidade de ensino e por nível de ensino. Sobre os educandos cadastrados, constam dados acerca do território de origem, faixa etária dos alunos por modalidade e porcentagem de homens e mulheres por modalidade. Neste contexto, pode-se concluir que as turmas de alfabetização e escolarização dos anos iniciais do Ensino Fundamental eram mais numerosas. O nível do ensino fundamental contou com 93,5% de todos os educandos matriculados nos três níveis. Esta é uma referência importante para compreender que apenas uma pequena parte da população pesquisada acessou o Ensino Médio e o superior, mas também revela a demanda por todas as modalidades e níveis de ensino.[29]

Dos Estados que tiveram o maior número de educandos ingressantes por nível de ensino na modalidade EJA fundamental, destaca-se o Maranhão, com

---

[26] Ver em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/pronera/ii-pesquisa-nacional-de-educa-o-na-reforma-agr-ria-pnera. Acesso em: 20 jul. 2018.

[27] *II PNERA,* 2015, p. 26. Ver em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/pronera/ii-pesquisa-nacional-de-educa-o-na-reforma-agr-ria-pnera. Acesso em: 20 jul. 2018.

[28] *II PNERA*, 2015, p. 27. Ver em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/pronera/ii-pesquisa-nacional-de-educa-o-na-reforma-agr-ria-pnera. Acesso em: 20 jul. 2018.

[29] Maranhão, Bahia, Pará, Piauí e Minas Gerais são os Estados com o maior número de alunos, somando 88.126, ou 53% dos educandos nos três níveis de ensino. No outro extremo, Alagoas, Amapá, Goiás, Mato Grosso, Rio Grande do Norte e Sergipe aparecem como os Estados com menor número de educandos, totalizando 8.842 nos três níveis de ensino, ou 5% dos educandos. Enquanto Mato Grosso teve somente 0,4% da população assentada participando do Pronera, Sergipe teve 3%. Minas Gerais, com 13%, está entre os estados que mais conseguiram participar dos cursos do Pronera.

24.946 ingressantes. No Ensino Médio, Maranhão e Rio Grande do Sul somam a maior quantidade de ingressantes, superando mil educandos cada um. Já no Ensino Superior, estão à frente Paraíba e Paraná, que totalizam 280 e 266 ingressantes, respectivamente. Todavia, os Estados de Alagoas, Amapá, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Piauí, Rio de Janeiro, Tocantins e a superintendência de Santarém não registraram educandos no nível superior.[30]

No quesito alunos ingressantes e concluintes, são, respectivamente, 80 e 99,9%. Com essas referências, pode-se observar que os Estados com os menores índices de conclusão de cursos foram Maranhão, Rondônia e a superintendência de Marabá – todos abaixo dos 50% –, apresentando Rondônia o pior resultado do Brasil, com 11%. Os Estados de Alagoas, Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo, Tocantins e a superintendência de Belém tiveram os maiores índices de conclusão de cursos, com destaque para Pernambuco e Mato Grosso, com 75%.

No tocante à faixa etária, a média de idade dos matriculados é mais alta nos cursos de alfabetização e escolarização nas séries do Ensino Fundamental. Nas modalidades do Ensino Médio, têm-se as médias de idade mais baixas, com exceção do EJA nível médio normal. No Ensino Superior, destaca-se a média de idade na graduação de 27,4 anos, que apresenta maior correspondência na relação idade/escolaridade com as estatísticas do Censo do Ensino Superior de 2012. De acordo com esse Censo, a média de idade dos matriculados no Ensino Superior era de 25,5 anos na modalidade presencial e 33,1 anos na modalidade a distância.[31]

PRONERA E O DESDOBRAMENTO NO ENSINO SUPERIOR

Historicamente, o Brasil relegou as regiões rurais ao segundo plano. O rural foi interpretado como o lugar do atraso e necessitava ser transformado. Esse processo, em grande parte, foi realizado pela "modernização da agricultura", por meio de um expressivo conjunto de políticas públicas (crédito rural, pesquisa agrícola, assistência técnica e extensão rural, seguro rural e instrumentos de comercialização) com o objetivo de aumentar a produção e liberar a mão de obra (rural) para outros setores. A educação e outros bens públicos (saúde, infraestrutura social) não eram prioritários.

No governo de Costa e Silva, foi instituída a Lei n. 5.465/68,[32] conhecida como a "Lei do Boi", que propunha o provimento de uma espécie de bolsa uni-

---

30 *II PNERA*, 2015, p. 28-31. Ver em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/pronera/ii-pesquisa-nacional-de-educa-o-na-reforma-agr-ria-pnera. Acesso em: 20 jul. 2018.

31 *II PNERA*, 2015, p. 40. Ver em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/pronera/ii-pesquisa-nacional-de-educa-o-na-reforma-agr-ria-pnera. Acesso em: 20 jul. 2018.

32 BRASIL. Lei n. 5.465, 3 de julho de 1968. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5465-3-julho-1968-358564-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 19 jul. 2018.

versitária por meio de cotas para filhos de agricultores. A lei criou uma reserva de vagas nas escolas técnicas de ensino médio e escolas superiores mantidas pela União, nos cursos de Agronomia e Medicina Veterinária, em 50% das vagas disponíveis, e 30% para os residentes fora do meio rural. Os candidatos deveriam comprovar a relação com a agropecuária por meio da sindicalização e residência (rural), ter cursado o ensino técnico agrícola, além de comprovar o uso, posse ou propriedade da terra.[33] A benesse da lei chamou a atenção dos fazendeiros ricos, que visavam usufrui-la, a fim de privilegiar seus filhos.

Com a criação do Pronera, a temática da terra e das necessidades de democratização do conhecimento é inserida de forma mais contundente no meio acadêmico, inclusive como tema de pesquisa. Batista acredita que as questões históricas dos trabalhadores do campo, a organização e as metodologias adotadas (a pedagogia da alternância, gestão compartilhada, formatação de curso por meio de módulos) influenciaram muitas universidades nas formas de pensar e ministrar os cursos regulares na formação de professores, considerando as peculiaridades das regiões rurais. Esse fator tem aproximado essas instituições dos movimentos sociais do campo.[34] O Pronera é financiado por meio de recursos disponibilizados pelo Incra, as universidades ministram os cursos, e os movimentos sociais participam e auxiliam na elaboração, acompanhamento e na execução dos projetos políticos pedagógicos.

Desde a criação do Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária, em 1998, até 2017, foi possível observar uma significativa oferta de cursos de nível superior. No período, o acesso ao Ensino Superior se deu por meio da criação de 54 cursos (Licenciatura e Bacharelado), tais como: Pedagogia, História, Geografia, Sociologia, Ciências Naturais, Agronomia, Direito[35] e Medicina Veterinária, entre outros, além de cursos de pós-graduação (educação do campo, relações internacionais, desenvolvimento territorial).[36] Importante destacar que

---

33 MAGALHÃES, Wallace Lucas. A "lei do boi" e a relação entre educação e propriedade: o caso da Universidade Federal rural do Rio de Janeiro. *Tempos Históricos*, v. 21, p. 434-464, 2017. Disponível em: http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/viewFile/16180/12185. Acesso em: 19 jul. 2018.

34 BATISTA, Maria do Socorro Xavier. Os movimentos sociais do campo cultivando uma educação popular no campo. 29ª Reunião Anual da ANPED. Caxambu, MG. *Anais 2006*. Disponível em: http://29reuniao.anped.org.br/trabalhos/trabalho/GT06-1780--Int.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

35 Em dezembro de 2017, graduou-se por meio do curso intitulado "Direito no Campo", do Pronera, a primeira turma na Bahia. O curso de Direito no Campo durou cinco anos e foi realizado pelo sistema de alternância, com aulas de campo e teóricas. A grade curricular foi a mesma dos cursos de Direito aprovados pelo Ministério da Educação, acrescida de 30 horas destinadas às ênfases em Direito Agrário e Direito Legal.

36 INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. 2015. *Cidadania e reforma agrária:* histórico do Pronera. Disponível em: http://www.incra.gov.br/pronerahistoria. Acesso em: 12 jul. 2018.

os dados revelam maior presença feminina no magistério e em cursos de graduação e especialização, enquanto a presença masculina acaba sendo majoritária nas demais modalidades de ensino.

Como já apontado, além dos 320 cursos do Pronera, acrescentam-se 14 movimentos organizados em diferentes escalas (nacional, regional e estadual); 18 associações organizadas nas escalas nacional, regional e estadual e também segundo sua natureza pública ou privada; 7 cooperativas, sendo 6 estaduais e uma regional; 36 organizações não governamentais (ONGs) igualmente organizadas nas escalas estadual, regional e nacional; 14 universidades públicas estaduais; 21 universidades públicas federais, 5 universidades privadas; 67 instituições de governos municipais; 50 instituições de governos estaduais e 15 instituições do governo federal. Quanto à distribuição das parcerias por SR, destaca-se a região Norte, com maior número de ações individuais e conjuntas de parceria.[37]

No que tange à participação na esfera de produção bibliográfica e demais aspectos relacionados à produtividade acadêmico-científica, foram localizadas 5.920 produções, distribuídas segundo a seguinte classificação: vídeos, cartilha/apostila, texto, música, caderno, monografia/TCC, relatório de estágio, dissertação, tese, artigo, memória e livro.[38]

Por fim, importante dizer que a concepção do Pronera representa um avanço na oferta e concretização de um direito pétreo previsto na CF de 1988, inclusive, ao garantir acesso às universidades pelas populações rurais, que quase sempre foram excluídas dessas possibilidades. O propósito educacional é desenvolver a capacidade técnica do educando, afinal, pelo bem ou pelo mal, o modo de produção capitalista é hegemônico. Mas, além disso, pode e deve ser uma ferramenta capaz de desenvolver capacidades e habilidades para formar um filho melhor, um pai mais consciente e um cidadão mais participativo e atuante. Afinal, que "homem é o homem que não faz do mundo um lugar melhor"?

CONCLUSÃO

A análise da construção histórica das ações afirmativas no Brasil evidencia como a questão da discriminação, da exclusão social e da vulnerabilidade tomou novos caminhos e concepção, bem como evoluiu da acepção da igualdade formal,

---

37 INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. 2015. *Cidadania e reforma agrária:* histórico do Pronera. Disponível em: http://www.incra.gov.br/pronerahistoria. Acesso em: 12 jul. 2018.

38 De acordo com os dados do DataPronera (1998-2014), foram identificadas 260 dissertações de mestrado, 63 teses de doutorado e 174 monografias sobre o Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária, além de 51 livros e 10 coletâneas. Também foram registrados 94 capítulos de livros e 469 artigos. Também há registro de 40 vídeos e documentários, 35 periódicos e 78 eventos.

na qual não havia espaço para discriminações positivas, para a busca da concretização da igualdade real, baseada em políticas compensatórias para grupos historicamente excluídos.

Na seara internacional, o Brasil destaca-se pela adesão a praticamente todas as declarações, convenções e tratados sobre Direitos Humanos, com especial atenção para a questão da erradicação de qualquer forma de discriminação em seu território. Nesse sentido, o governo brasileiro evidencia-se nos últimos 30 anos de vigência da CF de 1988, para implementar políticas públicas que buscam compensar e garantir a igualdade real a esses cinco grupos historicamente discriminados.

No tema em tela – ações afirmativas e educação no mundo rural –, destacam-se as conquistas e os desafios enfrentados pelo Pronera. Dentre as conquistas, podem-se citar o envolvimento e a contribuição das instituições de ensino dos diversos níveis e modalidades com a ministração de cursos que objetivavam estimular e efetivar ações e políticas afirmativas para o desenvolvimento dos territórios camponeses e rurais junto ao homem do campo. Este movimento criou laços de solidariedade – parcerias com diversas instituições com o mesmo propósito: garantir educação de qualidade em respeito às culturais locais. O *novo jeito* foi a associação da educação do campo ao desenvolvimento territorial, sendo esta uma das mais importantes características do Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária.

Os cursos do Pronera foram demandados por 38 diferentes organizações, cujas atuações individuais na demanda de cursos totalizam 525. Estes números demonstram a participação conjunta de organizações que demandaram cursos, sendo que os movimentos sociais e sindicais representaram 58% dessas demandas, as associações 24% e as fundações 8%, enquanto as pastorais e as cooperativas respondem por 5% cada.

Das instituições não governamentais que mais demandaram cursos no período de 1998 a 2011 foram, por ordem, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT). Estas três organizações foram responsáveis por 81% das demandas.

Analisando os dados e estatísticas, pode-se visualizar a espacialidade dos cursos ofertados – em que constam experiência em praticamente todos os Estados do Brasil. No nível Superior, diversas foram as Instituições que se afiliaram ao Programa, destacando-se: a Universidade Federal do Pará (UFPA), que realizou 31 cursos no período 1998-2011, o Instituto Técnico de Capacitação e Pesquisa da Reforma Agrária (Iterra-RS), com 18 cursos, a Universidade Federal da Paraíba (UFPB), com 14 cursos, a Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e a Fundação Universidade do Tocantins (Unitins), com 10 cursos cada, entre outras.

As instituições de ensino foram majoritariamente públicas, sendo mais da metade delas federais e as estaduais.

Insta acentuar que o Pronera formou um significativo número de docentes na última década no país, elemento central no processo para garantir a universalização do ensino e responsabilizar-se por uma das tarefas mais desafiadoras da educação: a necessidade de distender os conhecimentos indispensáveis ao desenvolvimento econômico, humano e social.

Por outro lado, as dificuldades burocráticas e as disputas ideológicas obstaram o crescimento do Pronera, razão pela qual as comunidades locais foram as mais atingidas e, por consequência, alijadas do direito de usufruir desta ação afirmativa ou política inclusiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. *Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *Ações afirmativas e estado democrático social de direito*. São Paulo: LTr, 2009.

BEBBINGTON, Anthony. A capitals and capabilities: a framework for analyzing peasant viability, rural livelihoods and poverty. *World Development*, 27, n. 12, p. 2021-2044, 1999.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CARNEIRO, Maria Esperança Fernandes; AFONSO, Lucia Helena Rincón; SIQUEIRA, Teresa Cristina Barbo. Produção de saberes: relatório metodológico de pesquisa II. *In: Educativa*, Goiânia, 2011. v. 14.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social, a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad:* 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

HELFAND, Stefen; MOREIRA, Ajax; JUNIOR, Edward Bresnyan. Agricultura familiar, produtividade e pobreza no Brasil: evidências do Censo Agropecuário 2006. *In:* SCHNEIDER, S.; FERREIRA, B.; ALVES, F. *Aspectos multidimensionais da agricultura brasileira:* diferentes visões do Censo Agropecuário 2006. Brasília: IPEA, 2014. p. 279-311.

HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HONNETH. Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

PISCITELLI, Rui Magalhães. *O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de quotas para o acesso dos negros à universidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

RIBEIRO, Rafael de Freitas Schultz. Estudo sobre as ações afirmativas. *Revista SJRS*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 165-290, ago. 2011.

SCHULTZ, Theodore. *A transformação da agricultura tradicional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

VEIGA, José Eli da *et al*. *O Brasil precisa de uma estratégia de desenvolvimento*. Brasília: IICA, 2001.

Fontes eletrônicas

ANDIFES. Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (2011). *Pesquisa do perfil socioeconômico e cultural dos estudantes de graduação das IFES*. Disponível em: http://www.andifes.org.br/wpcontent/files_flutter/1377182836Relatoriodoperfildosestudantesnasuniversidadesfederais.pdf. Acesso em: 20 jun. 2018.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.

BATISTA, Maria do Socorro Xavier. Os movimentos sociais do campo cultivando uma educação popular no campo. 29ª Reunião Anual da ANPED. Caxambu, MG. *Anais 2006*. Disponível em: http://29reuniao.anped.org.br/trabalhos/trabalho/GT06-1780--Int.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 5.465, de 03 de julho de 1968. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5465-3-julho-1968-358564-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 9.613, de 20 de agosto de 1946. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9613-20-agosto-1946-453681-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Decreto n. 7.352, de 4 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7352.htm. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA/Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra. *Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária, Manual de Operações 2016*. Disponível em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/reforma-agraria/projetos-e-programas/pronera/manual_pronera_-_18.01.16.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836. Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). *Plano*

Nacional de Educação: PNE 2014-2024/linha de base. Brasília: Inep, 2015. Disponível em: http://www.publicacoes.inep.gov.br/portal/download/1362. Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Censo escolar*, 2003. Disponível em: http:/www.inep.gov.br/basic/censo escolar/sinopse/1996 e 2003. Acesso em: 3 jul. 2018.

BRASIL. Orçamento Federal – SIGA Brasil. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil. Acesso em: 8 jul. 2018.

BRASIL. LDB 9394/96. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529732/lei_de_diretrizes_e_bases_1ed.pdf. Acesso em: 15 maio 2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010*. Disponível em: http://e.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?uf=41&dados=29. Acesso em: 15 maio 2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. *In: Estudos & pesquisas:* informação demográfica e socioeconômica, n. 34, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.ibge.gov.br. Acesso em: 15 jul. 2018.

INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. 2015. *Cidadania e Reforma Agrária:* histórico do Pronera. Disponível em: http://www.incra.gov.br/pronerahistoria. Acesso em: 12 jul. 2018.

INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. *II Pesquisa Nacional sobre Educação na Reforma Agrária (II PNERA)*. Disponível em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/pronera/ii-pesquisa-nacional-de-educa-o-na-reforma-agr-ria-pnera. Acesso em: 20 jul. 2018.

MAGALHÃES, Wallace Lucas. A "lei do boi" e a relação entre educação e propriedade: o caso da universidade federal rural do Rio de Janeiro. *Tempos Históricos*, v. 21, p. 434-464, 2017. Disponível em: http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/viewFile/16180/12185. Acesso em 19 jul. 2018.

OCDE. Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico. *Relatórios Econômicos OCDE – Brasil*. 2018. Disponível em: https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Ações afirmativas e avanços sociais*. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acoes-afirmativas-e-avancos-sociais/. Acesso em: 3 jul. 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Relatório da missão ao Brasil da relatora especial sobre os direitos dos povos indígenas*. Disponível em: http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016. Acesso em: 3 jul. 2018.

ROCHA, Helianane Oliveira; DIAS, Ilzeni Silva. *A implantação da política pública compensatória:* proposições e impactos do Pronera no Estado do Maranhão via o MST. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/. Acesso em: 19 jul. 2018.

Data de recebimento: 23/07/2018

Data de aprovação: 10/09/2019

COMPLIANCE E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: A GOVERNANÇA CORPORATIVA FAMILIAR

COMPLIANCE AND SUCCESSION PLANNING: FAMILY CORPORATE GOVERNANCE

Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho*
Ricardo Alves de Lima**

RESUMO

Este artigo relaciona *compliance* e planejamento sucessório, especialmente na utilização das chamadas *holdings* familiares. Essa relação fica bem evidente com a possibilidade de instituição de programas de governança corporativa no âmbito dessas empresas. O artigo demonstra, ainda, os benefícios dessa instituição, como a melhor sistematização da sucessão dos cargos estratégicos na empresa, o estabelecimento de valores e objetivos a serem respeitados e a possibilidade de manutenção da unidade patrimonial.

Palavras-chave: *Compliance*; Planejamento sucessório; *Holding* familiar; Governança corporativa.

ABSTRACT

This article relates compliance and succession planning, especially in the use of family holding companies. This relationship is evident in the possibility of creating corporate governance programs in these companies. The article also shows the benefits of governance programs, such as

---

* Pós-Doutor em Direito pela Faculdad de Derecho da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES (2006/2008). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor visitante da Università degli Studi di Siena. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional" – UPM. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa "A Tutela da Supraindividualidade e da Ordem Econômica, em uma Perspectiva Constitucionalizada da Intervenção" – FMC; e "Globalização e Fundamentos Dogmáticos do Direito Penal Econômico" da Faculdade Damas. Pesquisador Associado no CIHJur. Tem experiência na área de Direito Penal e Processo Penal, com ênfase em Direito Penal Econômico e Empresarial. E-mail: marcoaurelio@florenciofilho.com.br.

** Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito pela FDSM. Professor da FDSM. E-mail: ricardolimalves@hotmail.com.

better organization of succession in key positions of the company, definition of values and objectives and the possibility of keeping the assets together.

Keywords: Compliance; Succession planning; Family holding company; Corporate governance.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar a relação entre *compliance* e planejamento sucessório, o que resulta na ideia de governança corporativa familiar. Para tanto, o artigo se estrutura em três tópicos, sendo o primeiro destinado à definição de *compliance* e ao fornecimento dos subsídios para a compreensão de sua origem e seu sentido atual no Brasil.

Já o segundo tópico trata diretamente da ideia de planejamento sucessório. Dentre os instrumentos de planejamento, destaca-se o instituto da *holding* familiar, especialmente relevante para esta investigação.

Por fim, o terceiro tópico pretende demonstrar a convergência entre os temas anteriormente traçados. A ideia de governança corporativa familiar se mostra útil, nesse sentido, para a estruturação de um planejamento sucessório pela via empresarial, consolidando valores e objetivos que auxiliarão a consecução dos objetivos sucessórios planejados.

Demonstra-se, assim, a relevância jurídica e social do tema, tendo em vista a crescente utilização de empresas na elaboração do planejamento sucessório e associação a ideias de boa conduta corporativa, para garantir uma melhor consecução dos resultados desse planejamento.

COMPLIANCE: A DIMENSÃO DO TERMO

O termo *compliance* é polissêmico[1], trazido à doutrina brasileira sobremaneira pela influência do direito americano. O seu espectro de sentido compreende originalmente o controle de condutas corporativas, visando, sobretudo, à superação da influência de interesses pessoais ou de um grupo em prol dos interesses da companhia e seus acionistas. Essa compreensão original é bem mais ampla do que aquela que tende a prevalecer no Brasil.

Isso se deve ao fato de que a maioria dos escândalos brasileiros abrangendo práticas fraudulentas – e que deram gatilho à expansão do interesse sobre *compliance* – envolveu agentes e recursos públicos, e não agentes e recursos privados,

---

[1] ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Compliance* público e *compliance* privado: semelhanças e diferenças. *In:* NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.). *Governança,* compliance *e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 116.

como nos casos que deram origem às legislações americanas e inglesas sobre o tema. Ou seja, a corrupção privada era o alvo original dos programas de *compliance*, e não a corrupção perpetrada na esfera pública.

Assim, a Lei 12.846/13 se insere num contexto maior de legislações que tratam do tema, ainda que de forma tangencial. Nesse complexo, ainda, a lei 9.613/98 dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Compõem, ainda, esse conjunto as regras que emanam dos órgãos reguladores – como a Superintendência de Seguros Privados, a Comissão de Valores Mobiliários e o próprio Banco Central.

A referida Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, destaca-se pela responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Seu surgimento se insere num contexto de compromissos internacionais firmados pela Convenção da ONU – Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, a Convenção da OEA – Convenção Interamericana contra a Corrupção, e, ainda, a Convenção da OCDE – Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. No entanto, além desses compromissos, o momento da criação da lei era especialmente oportuno, devido à aproximação de grandes eventos e da descoberta de reservas de petróleo[2].

Quando do seu surgimento, a Lei Anticorrupção Empresarial preencheu uma lacuna do ordenamento brasileiro, possibilitando a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, em especial por atos de corrupção. Trata-se de uma abordagem da matéria que se equipara àquela que já se adotara nos Estados Unidos, com a FCPA – Foreign Corrupt Practices Act, e na Inglaterra, com o UKBA – United Kingdom Bribery Act.

Especificamente quanto ao FCPA, há que se destacar o seu pioneirismo: primeira legislação voltada ao combate à corrupção de agentes públicos estrangeiros pelo empresariado americano. Seu surgimento, no final do ano de 1977, deu-se em um contexto específico[3], em meio ao escândalo político de Watergate a fortes críticas da opinião pública à maneira como as empresas americanas negociavam, tradicionalmente, com o uso de propinas a agentes públicos estrangeiros.

---

[2] RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015. p. 99.

[3] ENGLE, Eric. I get by with a little help from my friends? understanding the U.K. anti-bribery statute, by reference to the OECD convention and the foreign corrupt practices act. *The International Lawyer*, v. 44, n. 4, p. 1173-1188, 2010.

Entre outros[4], o caso da empresa Lockheed Corporation, empresa de produção de aeronaves, convolou-se num grave escândalo, revelando o pagamento de propinas na monta dos 22 milhões de dólares. Até então, no entanto, não se consideravam ilegais tais pagamentos de propina. Na verdade, a prática era considerada comum, e a sua proibição chegou a ser vista pelos seus opositores como um risco aos negócios e à competitividade das empresas americanas num contexto de mercado em que empresas de outros países se valiam amplamente de propinas e subornos.

Tal opinião, no entanto, não prevaleceu[5], e, no dia 19 de dezembro de 1977, período do governo de Jimmy Carter, surge o FCPA, alterado, posteriormente, em 1988, para adequar a norma à Convenção Antissuborno da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Vale destacar, ainda, que a norma estabelece a obrigação de manutenção, em boa ordem, de registros contábeis e sistemas de controle interno que vinculem as decisões, por meio da cadeia de comando, aos administradores. Trata-se de determinações de grande importância na medida em que os administradores, os diretores, os empregados, e mesmo os terceiros e agentes, como consultores, distribuidores e representantes, encontram-se submetidos às proibições e, consequentemente, às penalidades do FCPA.

Além do FCPA, outras leis americanas têm o mesmo propósito, como a Lei Sarbanes-Oxley, de 30 de julho de 2002, voltada à prevenção de fraudes nas demonstrações financeiras, e a Lei Dood-Frank de Reforma de Wall Street, de 21 de julho de 2010, que traz incentivos financeiros aos denunciantes de violações ao sistema financeiro. Esse pioneirismo garantiu que os Estados Unidos se consolidassem como uma referência no tema, com farta jurisprudência e doutrina

---

4 Como os casos envolvendo as empresas Gulf Oil, United Brands, Northrop, Ashand Oil, Exxon. A diferença entre estes casos e aquele da referida Lockheed Corporation reside no fato de que esta última se recusou a informar os beneficiários das propinas e também a parar de se utilizar dessa prática, sob o argumento de que o suborno era normal, necessário e "consistente com as práticas de inúmeras empresas estrangeiras". A manifestação da companhia alegava, ainda, que a proibição das práticas de suborno seria prejudicial à competitividade das empresas americanas, já que as outras empresas pagavam.

5 "On balance, an aggressive and clearly articulated position against international corruption is in the U.S. national interest. Critics of the current law have exaggerated the costs and underappreciated the benefits, and recent efforts to weaken the law are unwarranted. The benefits are not just gains in the efficiency and fairness of the international marketplace, but also increased pressures on corrupt states and firms to move in a more honest direction. Reducing bribery by U.S. firms is a necessary, if insufficient, condition. As a global leader in international business, the United States can set a strong example and encourage other countries to follow suit" (ROSE-ACKERMAN, Susan. *International anti-corruption policies and the U.S. national interest*: proceedings of the annual meeting (American Society of International Law), v. 107 (Apr. 3, 2013), p. 254).

no assunto, influenciando as legislações de combate à corrupção privada em todos os países.

Dentre essas legislações posteriores, destaca-se o United Kingdom Bribery Act – UKBA. Acredita-se que o UKBA seja uma das legislações mais severas do mundo em relação ao tema, criminalizando também a corrupção de sujeitos privados. Demonstrando justamente essa evolução da legislação, atos não coibidos pela primeira lei do tema – FCPA –, como o pagamento a título de facilitação de negócios (*grease payments*), passam a ser coibidos no Bribery Act.

Na esteira de toda essa evolução é que surge a lei brasileira, a fim de estabelecer uma exigência de boas práticas empresariais e coibir os atos de corrupção.

A doutrina, no entanto, faz algumas críticas à lei, sobretudo em relação à responsabilidade objetiva das empresas[6]. No entanto, apesar das críticas, a lei tem o mérito de trazer para o país as ideias de autorregulação. Essa ideia, sobretudo quando se analisa a evolução normativa sobre o tema, é resultado de várias etapas da resolução de conflitos. Passa-se de um modelo inicial com base na regulação privada para um outro, totalmente embasado na regulação pública (monopólio da justiça). Atualmente, no entanto, o sistema sinalizado pelas legislações em análise combina elementos e se baseia na corregulação público-privada.

Esta terceira etapa de uma evolução das formas de regulação aproxima as esferas individual e estatal, criando um novo padrão regulatório. Uma outra forma de referência a esta etapa revela também, de forma ainda mais clara, a maneira como as duas realidades se combinam e se complementam: a autorregulação regulada.

Combinam-se, assim, procedimentos empresariais de prestação de deveres de comunicação orientados por preceitos estatais de fiscalização e diretrizes de governança. Nesse sentido, ganha importância sobremaneira a implementação de programas de *compliance* no âmbito das empresas.

> *Compliance* é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa. Não se

---

6 "Art. 2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º. A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

§ 2º. Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade."

> pode confundir *Compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo[7].

Trata-se, em última análise, de uma postura empresarial que vai além simplesmente do cumprimento de algumas regras. Pode ser conceituado como um conjunto de "elementos de políticas e procedimentos criados para evitar, detectar e corrigir irregularidades ocorridas no âmbito empresarial"[8]. E, como já ressaltado, o setor público não fica indiferente às demandas por essa nova postura.

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Inocêncio Galvão Telles[9], seguido de uma série de outros doutrinadores[10], afirma a relação que o fenômeno sucessório tem com duas bases das instituições sociais: a família e a propriedade. Essas instituições forjam os elos de transmissão cultural e patrimonial. No mesmo sentido, Itabaiana de Oliveira afirma sobre a família e a propriedade "existir entre elas um tão íntimo *consensus* que foi, em torno delas, que se consolidou a sociedade dos povos europeus, de sorte que, mudar pela raiz uma parte, seria mudar e revolver a própria sociedade"[11].

O movimento desses elos impulsiona a engrenagem do fenômeno sucessório. A morte é o gatilho dessa corrente e, apesar de consistir em fenômeno natural, tem suas consequências – patrimoniais, sobretudo – reguladas pelo Direito[12]. Tal regulamentação tem foco em um problema jurídico peculiar: a necessidade de continuidade das relações jurídicas em decorrência da morte do seu titular[13].

---

7 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015. p. 88.

8 AYRES, Carlos Henrique da Silva. Programas de *compliance* no âmbito da Lei nº 12.846/2013: importância e principais elementos. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, n. 125, 2014.

9 TELLES, Inocêncio Galvão. Apontamentos para a história do direito das sucessões português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XV, 1963.

10 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil:* direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

11 OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 26.

12 PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. *In:* PERLINGIERI, Pietro. *Rassegna di diritto civile 1.* Diretta da Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 132.

13 "As expressões 'sucessão' e 'transmissão', a nosso ver equivalentes no moderno direito, designam a perda ou liberação relativa associada à correspondente aquisição ou vinculação derivada. Quando alguém adquire um poder jurídico que outrem perdeu ou se torna sujeito de um dever jurídico de que outrem se exonerou, e aquela aquisição ou esta vinculação tem carácter derivado, nos têrmos expostos, diz-se que o primeiro *sucedeu* na relação jurídica, pelo lado activo ou passivo, ou que a relação jurídica *se transmitiu*" (TELLES, Inocêncio Galvão. *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório:* noções fundamentais. Lisboa: Officina da Biblioteca da Faculdade de Direito, 1944. p. 20). (Grifos no original.)

Tal regulamentação jurídica do fenômeno sucessório abre uma chave de duas possibilidades – não excludentes, mas complementares: a sucessão legítima e a testamentária. A sucessão legítima é aquela que segue a ordem definida em lei. Essa ordem de preferência presumida pelo legislador é chamada de ordem de vocação hereditária[14] e estabelece a ordem em que serão chamados os herdeiros. Diz-se presumida porque, ao beneficiar os membros da família, baseia-se o legislador em vínculos presumidos de afeto[15]. Nesse sentido, leciona Giselda Hironaka:

> Essa ordem demonstra bem o próprio *querer* do legislador, isto é, o próprio sentido da lei, a própria *mens legis*. Vale dizer: o legislador, pretensamente substituindo a ausente vontade do autor da herança, *selecionou* certas pessoas e as colocou em ordem, de modo a que pudessem ser convocadas para herdar. A seleção se processou em duas *ambiências relacionais* do falecido, se assim se pode dizer, isto é, a *ambiência da parentalidade* e a *ambiência da conjugalidade*, nesta última compreendidos tanto aqueles que faleceram no estado de casados, quanto aqueles que faleceram no estado de conviventes[16]. (Grifos no original.)

Assim, em toda situação em que a referida ordem não contemple a real vontade do autor da herança, torna-se necessária a definição de uma ordem particular, elaborada pelo próprio autor da herança. É aí que surge a possibilidade do uso dos instrumentos de planejamento sucessório. Dentre esses instrumentos, merece destaque o testamento, mas não com exclusividade. Novos instrumentos têm sido utilizados para a concretização do planejamento sucessório.

Daniele Chaves Teixeira[17] destaca, nesse sentido, para além do tradicional testamento, institutos como o fideicomisso e o codicilo, além de negócios jurídicos com efeito *post mortem*, como o seguro de vida e a doação com reserva de usufruto. Há, ainda, instrumentos com eficácia imediata, como a criação de uma fundação ou de uma *holding* familiar.

---

14 "Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais."

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 125.

16 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder:* passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 510.

17 TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório:* pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-154.

A própria origem do termo contribui especialmente para sua compreensão, como assevera Mamede:

> *To hold*, em inglês, traduz-se por segurar, deter, sustentar, entre ideias afins. *Holding* traduz-se não apenas como ato de segurar, deter etc., mas como domínio. A expressão *holding company*, ou simplesmente *holding*, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc.[18]

Especificamente para o que se presta esta investigação, esta última modalidade de negócio interessa sobremaneira. Trata-se de uma sociedade que controla um patrimônio pertencente a uma ou mais pessoais naturais, tendo como objeto social a participação em outras sociedades e a administração de bens próprios da sociedade ou dos sócios. Visam, sobretudo, à "concentração e a proteção do patrimônio familiar, facilitando a gestão de ativos e, em vários casos, aproveitando de benefícios fiscais"[19].

Esses benefícios se referem principalmente ao fato de que a operação de transferência inicial de domínio de bens à pessoa jurídica, ou seja, a integralização do capital social subscrito pelo titular, é imune à incidência tributária[20]. Em seguida a essa integralização, as cotas serão distribuídas por aquele que planeja sua sucessão. Se essa transferência se der a título gratuito, deverá ser respeitada a legítima e recolhido o tributo devido: o ITCD – Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação[21].

A busca de tais benefícios, no entanto, tem ganhado importância tal que o instituto da *holding* familiar corre o risco de se esvaziar como forma de planeja-

---

18 MAMEDE, Gladston. Holding *familiar e suas vantagens*: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 13-14.

19 CARVALHO, Mário Tevernard Martins de. Planejamento sucessório no âmbito da empresa familiar. *In:* COELHO, Fábio Ulhôa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar:* estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 459-460.

20 Constituição Federal, "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II – transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;"

21 SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 197.

mento sucessório e resvalar para um planejamento apenas tributário. Nesse sentido, é pertinente a compreensão de uma diferença entre elisão e evasão fiscal, conceitos relevantes para o tema.

Entende-se por elisão a não sujeição à incidência da norma tributária por meio de uma conduta lícita do contribuinte, ou seja, um comportamento voluntariamente adotado para obter um resultado negativo da incidência tributária, sem contrastar com as normas vigentes. Essa licitude presente na elisão é a marca distintiva com a evasão. Esta última corresponde à economia ilícita, ou seja, sua obtenção requer o descumprimento de normas tributárias[22].

É claro que a adoção de um programa de *compliance*, ou seja, de integridade e boas práticas de gestão, é absolutamente incompatível com a constituição de uma *holding* com a única finalidade de realizar evasão fiscal. Além disso, a adoção dessas práticas pode fortalecer e dar melhores garantias àquele intento original presente na constituição da empresa: a sucessão familiar. Ganha fôlego, então, a ideia de uma governança corporativa especialmente pensada para essa finalidade, como se verá adiante.

GOVERNANÇA CORPORATIVA FAMILIAR

Neste terceiro e último tópico, pretende-se demonstrar a associação entre *compliance* e planejamento sucessório, sobretudo no que diz respeito às empresas constituídas com essa finalidade específica, as *holdings* familiares. O termo que melhor demonstra a convergência entre esses temas é governança, entendida como um conjunto de mecanismos aptos a garantir uma maior longevidade aos negócios, gerar valor e dar, por consequência, maior retorno aos sócios[23] – no caso, os herdeiros.

Arnoldo Wald destaca, nesse sentido, algumas qualidades principais a serem observadas na governança corporativa: a transparência (*full disclosure*), a lealdade ou integridade (*integrity*) e a responsabilidade de todos os participantes (*accountability*)[24].

Em se tratando da aplicação da ideia de governança às empresas familiares, no entanto, é necessário um olhar cuidadoso, tendo em vista as especificidades dos objetivos daquela empresa e a relação entre os valores empresariais com os próprios valores familiares[25].

---

22 BOZZA, Fábio Piovasan. *Planejamento tributário e autonomia privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 250.

23 BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. Holding *imobiliária como planejamento sucessório*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 154-155.

24 WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 15, p. 53-78, jan./mar. 2002.

25 PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares: governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória. *In:* PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Direito, gestão e prática*: empresas familiares:

Nesse sentido, a governança familiar pode ser compreendida como um sistema por meio do qual a família, com base em seus próprios valores, propósitos e princípios, desenvolve relações e atividades empresariais. Ou seja, a identidade familiar deve ser respeitada[26].

Percebe-se, então, a potencialidade do instrumento sucessório, que dá autonomia àquele que melhor conhece o patrimônio que consolidou e que melhor conhece as especificidades – talentos, anseios, aptidões – dos seus sucessores. Essa potencialidade é mais bem aproveitada em um cenário em que as decisões se pautam em normas que estabelecem boas práticas, sempre atentas aos valores e objetivos traçados desde a constituição da sociedade.

O estabelecimento dessas práticas e a definição desses valores servem para garantir e reforçar objetivos sucessórios relevantes, como a manutenção de uma unidade patrimonial produtiva, ou a sucessão de cargos dos chamados cargos-chave[27]. Este último aspecto – sucessão dos cargos – interessa tanto para as famílias empresárias como para aquelas que constituíram empresas voltadas apenas para congregar o patrimônio e viabilizar a sucessão. Em ambos os casos, os programas de governança têm grande importância.

No entanto, para a contribuição específica a que este esforço se presta, é conveniente destacar os elementos do planejamento sucessório a partir da constituição da *holding*. Assim, com a distribuição das quotas ou ações – conforme o tipo societário escolhido –, o titular do patrimônio inicia efetivamente o seu planejamento sucessório. Para tanto, alguns instrumentos têm maior relevância, como o contrato social ou o estatuto, que poderá – e deverá – estabelecer regras de gestão patrimonial e preservação da unidade[28].

Quanto a este último objetivo, alguns instrumentos têm fundamental importância, como o estabelecimento de prazo e modo de pagamento dos haveres do retirante, já que nada obsta o direito de retirada de um dos sócios. Todavia, uma previsão para o exercício desse direito pode evitar que ocorram descapitalizações repentinas que prejudiquem o funcionamento da sociedade.

Há, além disso, um aspecto importante ligado à prevenção de conflitos. Isso se deve ao fato de que a *holding*, ao congregar os bens e negócios da família, favo-

---

governança corporativa, governança familiar e governança jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

26 Cf. cartilha editada pelo IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Governança em empresas familiares: evidências brasileiras. Disponível em: https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24047/pesquisa_gov_emp_fam_web.pdf. Acesso em: 30 maio 2019.

27 IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Governança em empresas familiares: evidências brasileiras. Disponível em: https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24047/pesquisa_gov_emp_fam_web.pdf. Acesso em: 30 maio 2019. p. 41.

28 SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 198.

rece a harmonização de estratégias, restringindo o potencial de conflitos societários[29]. Vale lembrar, ainda, que o estabelecimento de uma governança potencializa essa vantagem, sobretudo quando se considera que aquele que planeja sua sucessão por esse meio é quem melhor conhece as aptidões dos seus sucessores.

Percebe-se, assim, uma ampliação do espectro da autonomia privada, como assevera Rafael Cândido da Silva:

> Em relação ao projeto de transmissão dos bens ainda em vida, a utilização da pessoa jurídica amplia o espectro da autonomia privada. Pode, por exemplo, quando ainda em vida, privilegiar uma maior percepção dos lucros da pessoa jurídica em favor de determinados sócios se, por ocasião da constituição da sociedade limitada, mantiver o seu controle através da maioria do capital social votante e houver previsão no contrato social da *distribuição desproporcional dos lucros.* (Grifos no original.)

No exercício dessa autonomia, é possível que o criador da *holding* a utilize para realizar a partilha em vida, ou seja, distribuir a participação societária de cada herdeiro no próprio ato de constituição, reservando-se apenas o usufruto das cotas. Assim, como usufrutuário, o titular poderia receber sua participação nos lucros – e perdas – até a sua morte.

Especialmente nesse caso, a estruturação de um programa de governança seria relevante para a definição da sucessão da administração societária e a manutenção da unidade patrimonial. Essa possibilidade é relevante sobretudo quando o patrimônio forma um conjunto produtivo, com a junção de bens que, individualmente considerados, não teriam o mesmo valor.

CONCLUSÃO

Desta investigação, conclui-se que o conceito de *compliance* sugere uma aplicação que transcende o simples combate à corrupção pública e privada, mas reforça a possibilidade de consolidação de uma política de governança e boas práticas administrativas nas empresas.

Essa possibilidade não é indiferente às empresas familiares e àquelas instituídas sob a forma de *holdings*, a fim de congregar o patrimônio familiar e viabilizar o planejamento sucessório. Na verdade, a instituição dessas práticas no âmbito dessas empresas pode servir a uma maior garantia daqueles objetivos que motivaram o planejamento sucessório, como a manutenção da unidade patri-

---

[29] CARVALHO, Mário Tevernard Martins de. Planejamento sucessório no âmbito da empresa familiar. *In:* COELHO, Fábio Ulhôa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar:* estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 459.

monial, a preparação de uma sucessão de cargos considerando as aptidões dos sucessores e uma otimização da transmissão.

Percebe-se, assim, a relevância social e jurídica da implantação de programas de governança em empresas familiares e, especialmente, em *holdings* familiares criadas para viabilizar o planejamento sucessório.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Compliance* público e *compliance* privado: semelhanças e diferenças. *In:* NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.). *Governança,* compliance *e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

AYRES, Carlos Henrique da Silva. Programas de *compliance* no âmbito da Lei nº 12.846/2013: importância e principais elementos. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, n. 125, 2014.

BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. *Holding* imobiliária como planejamento sucessório. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BOZZA, Fábio Piovasan. *Planejamento tributário e autonomia privada.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARVALHO, Mário Tevernard Martins de. Planejamento sucessório no âmbito da empresa familiar. *In:* COELHO, Fábio Ulhôa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar:* estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENGLE, Eric. I get by with a little help from my friends? understanding the U.K. anti-bribery statute, by reference to the OECD convention and the foreign corrupt practices act. *The International Lawyer*, v. 44, n. 4, p. 1173-1188, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder:* passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAMEDE, Gladston. Holding *familiar e suas vantagens:* planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. *In:* PERLINGIERI, Pietro. *Rassegna di diritto civile 1*. Diretta da Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares: governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória. *In:* PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Direito, gestão e prática:* empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil:* direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança.* Salvador: Juspodivm, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório:* pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TELLES, Inocêncio Galvão. Apontamentos para a história do direito das sucessões português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XV, 1963.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório:* noções fundamentais. Lisboa: Officina da Biblioteca da Faculdade de Direito, 1944.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 15, p. 53-78, jan./mar. 2002.

CRÍTICA À VIOLÊNCIA DE GÊNERO PERANTE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UMA METATEORIA DE DIREITO FRATERNO

CRITICISM OF THE TYPOLOGY OF GENDER VIOLENCE AND THE INSTITUTIONALIZATION OF A METATHEORY OF FRATERNAL LAW

André Leonardo Copetti Santos*
Charlise Paula Colet Gimenez**
Rosângela Angelin***

RESUMO

Mediante um estudo hipotético-dedutivo, fundamentado em análises interdisciplinares, o presente estudo busca entrelaçar saberes para refletir sobre o fenômeno da violência, em especial da violência de gênero contra mulheres, analisando no plano teórico e programático como este problema está sendo tratado, bem como verificar se o Direito Fraterno contribui para novas institucionalizações dentro do marco estrutural-normativo

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos). Pós-Doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Doutor em Direito pela UNISINOS (2004). Mestre em Direito pela Unisinos (1999). Docente dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* Santo Ângelo/RS e Mestrado em Direito da Unijuí, Ijuí/RS. Coordenador Executivo do PPGD da URI. Advogado criminalista. E-mail: andre.co.petti@hotmail.com.

** Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, *campus* Santo Ângelo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPQ) Conflito, Direitos Humanos e Cidadania. Advogada. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br.

*** Pós-Doutora pela Faculdade EST, São Leopoldo-RS (2015). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck – Alemanha (2006). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPQ) Direito de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas. Vice-líder do Núcleo de Pesquisa de Gênero, vinculado às Faculdades EST – Programa de Gênero e Religião (São Leopoldo/RS). E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br.

do Estado Democrático de Direito. Percebe-se que, no plano teórico e programático das institucionalizações jurídicas, existe uma compreensão preponderante da violência subjetiva, ao mesmo tempo em que há leis e políticas públicas de controle e combate de violências contra mulheres que explicitam tais fissuras, não se atendo às questões de fundo geradoras da violência e opressão. O cenário nacional carece de políticas que fomentem a mudança cultural no paradigma das relações humanas, e é nesse sentido que o Direito Fraterno possibilita um novo olhar para os direitos humanos das mulheres.

Palavras-chave: Violência de gênero; Violência contra a mulher; Tipologia da violência; Violência objetiva e subjetiva; Direito fraterno.

ABSTRACT

Through a hypothetical deductive study, based on interdisciplinary analysis, the present study aims to reflect on the violence phenomenon, especially gender violence against women, analyzing, in a theoretical and programmatic perspective, how this problem is being treated, as well as to verify if the Fraternal Law contributes to new institutionalization within the structural-normative framework of the Democratic State of Law. It is comprehended that, in the theoretical and programmatic level of legal institutionalization, there is a preponderant understanding of subjective violence, as well as laws and public policies in order to control and combat the violence against women exemplify such fissures, failing to address the fundamental issues that generate violence and oppression. In the national scenario, policies that foster cultural change in the human relations paradigm are lacking. In this sense, fraternal law makes possible a new look at women's human rights, based on human solidarity, sharing the challenge faced by social movements.

Keywords: Gender violence; Violence against women; Violence typology; Objective and subjective violence; Fraternal law.

INTRODUÇÃO

"Do rio que tudo arrasta se diz que é violento.
Mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem."
Bertolt Brecht

Um dos temas mais complexos de ser abordado tanto acadêmica quanto socialmente **é** a violência que perpassa vivências de toda a humanidade. Como se constitui? De onde vem? A quem atinge? Como se manifesta? Quais são seus reais fundamentos? Quem são os mais atingidos e por quê? Como tratá-la? Quais as contribuições do Direito nesse sentido? É possível viver sem violência ou reduzi-la? Enfim, esses são alguns questionamentos que habitam o cotidiano de muitas pessoas, direta e/ou indiretamente, consciente e/ou inconscientemente.

A tendência dentro de sociedades absortas por uma cultura hegemônica individualista e por relações de poder díspares e *naturalizadas* é não se atentar para o alerta de Bertolt Brecht e simplificar as respostas diante da violência e apresentar soluções imediatistas, que não tratam da causa dos problemas, mas maquiam as estruturas geradoras da violência.

É mais custoso, complexo, desafiador e comprometedor analisar as *margens que comprimem as águas*; porém, é uma tarefa necessária para quem se coloca numa posição de otimismo responsável para com o rumo da humanidade. E é nesta perspectiva que Slavoj Žižek (2012) lança o convite, em especial à academia, para ampliar a visão de suas análises, ou seja, retirar a moldura que normalmente se utiliza como a *única* forma de refletir sobre o mundo. Embora cause um desconforto inicial, logo serão vistos outros horizontes, quem sabe, mais promissores. Ainda nesse sentido, antes de buscar respostas para os problemas, é preciso criar outras perguntas. Os problemas já são respostas emitidas sobre alguma coisa. Assim, pode ser possível refletir com mais elementos sobre a realidade, de forma sistêmica e paradoxal, levando em conta dimensões históricas, temporais, espaciais, territoriais, econômicas, políticas e integradas a princípios axiológicos, como a igualdade, a diferença, a liberdade e a dignidade das pessoas.

A partir do exposto, esta pesquisa se lançou no desafio de entrelaçar vários saberes para refletir sobre o fenômeno da violência, em especial da violência de gênero contra mulheres, analisando, no plano teórico e programático jurídico, como este problema está sendo tratado, bem como verificar se o Direito Fraterno contribui para novas institucionalizações dentro do marco estrutural-normativo do Estado Democrático de Direito. Para isso, o artigo iniciará com uma abordagem sobre as tipologias da violência, refletindo, em seguida, sobre gênero e violência, tipologia da violência brasileira de enfrentamento à violência e, finalmente, analisando o Direito Fraterno no contexto dos conflitos de gênero.

SOBRE AS TIPOLOGIAS DA VIOLÊNCIA

O Diabo é mulher

O livro *Malleus Maleficarum*, também chamado de *O martelo das bruxas*, recomendava o mais impiedoso exorcismo contra o demônio que tinha tetas e cabelos compridos.

Dois inquisidores alemães, Heinrich Kramer e Jakob Sprenger, escreveram, por encomenda do papa Inocêncio VIII, esse fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Santa Inquisição.

Os autores demonstravam que as bruxas, harém de Satã, representavam as mulheres em estado natural, porque *toda bruxaria provém da luxúria carnal, que nas mulheres é insaciável*. E advertiam que esses seres de aspecto belo, contato

fétido e mortal companhia encantavam os homens e os atraíam, silvos de serpente e caudas de escorpião, para, por fim, aniquilá-los.

Esse tratado de criminologia aconselhava a submeter a tormento todas as suspeitas de bruxaria. Se confessavam, mereciam o fogo; se não confessavam também, porque só uma bruxa, fortalecida pelo amante, o Diabo, nas festas de feiticeiras, conseguia resistir a semelhante suplício sem abrir a boca.

O papa Honório III havia sentenciado:

— As mulheres não devem falar. Seus lábios carregam o estigma de Eva, que foi a perdição dos homens.

Oito séculos mais tarde, a Igreja Católica continua negando-lhes o púlpito.

O mesmo pânico faz com que os fundamentalistas muçulmanos lhes mutilem o sexo e tapem seus rostos.

E o alívio pelo perigo conjurado move os judeus muito ortodoxos a começar o dia sussurrando:

— Obrigado, Senhor, por não me ter feito mulher.

O Diabo é homossexual

Na Europa do Renascimento, o fogo era o destino que mereciam os filhos do inferno, que do fogo tinham vindo. A Inglaterra castigava com *morte horrorosa os que houvessem tido relações sexuais com animais, judeus ou pessoas de seu mesmo sexo.*

Exceto no reino dos astecas e dos incas, os homossexuais eram livres na América. O conquistador Vasco Núñez de Balboa jogou aos cães famintos os índios que praticavam essa anormalidade de forma natural. Ele acreditava que a homossexualidade era contagiosa. Cinco séculos depois, ouvi o arcebispo de Montevidéu dizer a mesma coisa.

O historiador Richard Nixon sabia que esse vício era fatal para a civilização:

— Vocês sabem o que aconteceu com os gregos? A homossexualidade os destruiu! Com certeza. Aristóteles era homo. Todos sabemos. E Sócrates também. E vocês sabem o que aconteceu com os romanos? Os últimos seis imperadores eram veados...

O civilizador Adolf Hitler havia adotado medidas drásticas para salvar a Alemanha desse perigo. *Os degenerados culpados de aberrante delito contra a natureza* foram obrigados a usar um triângulo cor-de-rosa. Quantos deles morreram nos campos de concentração? Jamais se soube.

No ano de 2001, o governo alemão resolveu *retificar a exclusão dos homossexuais vítimas do Holocausto.* Levou mais de meio século para corrigir a omissão.

Pouquíssimas figuras foram tão emblemáticas ao longo da história como a do Diabo. Mas, afinal, quem é essa figura, colorida em múltiplos tons de cinza e

negro por Eduardo Galeano? Em primeiro lugar, não era, segundo os textos sagrados – a Bíblia –, uma entidade de mil facetas, ou um conjunto de valores negativos, como nos conta o escritor uruguaio, mas personificadamente único[1], um anjo chamado Lúcifer, que, seduzido narcisisticamente pela própria beleza, entendeu que deveria receber a mesma admiração que Deus, e, em razão disso, armou uma rebelião com aproximadamente um terço dos anjos que existia nos céus (BÍBLIA SAGRADA, 1988, p. 801). Esta descrição fantástica e sobrenatural do Diabo é própria da tradição judaico-cristã: "Vós tendes por pai ao Diabo, e quereis satisfazer os desejos de vosso Pai; ele foi homicida desde o princípio, e não se firmou na verdade, porque não há verdade nele, quando ele profere mentira, fala do que lhe é próprio, porque é mentiroso e pai da mentira" (BÍBLIA SAGRADA, 1988, p. 118).

A descrição oficial, ou melhor, a primeira versão publicada pela Igreja da invenção do Diabo, data de depois do Concílio de Toledo, em 447 d.C., sendo ele solene e burocraticamente descrito e difundido como a encarnação absoluta do mal. Nessas descrições consta a imagem de um ser medonho, muito grande e forte, de aparência escura, com chifres na cabeça, exatamente como o deus-touro Mithra, da qual a Igreja queria impedir a adoração. Nasce, com isso, o demônio na cultura cristã, como a mais radical oposição a um projeto de mundo e de bem, cuja personificação plantou o medo nas pessoas que aderissem aos seus cultos, pois o castigo final seria a morte sem direito à vida eterna, seja em qual modalidade fosse (terrena ou espiritual).

Com outro olhar, podemos compreender o Diabo de uma forma mais terrena, histórica e estratégica, como uma farsa instrumentalmente criada para funcionar como uma ferramenta de repressão, opressão e imposição de certos valores propagados por indivíduos e grupos ligados a posições privilegiadas dentro de sistemas de dominação. A riqueza da descrição de Galeano reside no fato de condensar algumas associações históricas, escancaradamente dissimuladas, que foram feitas por detentores do poder, entre a figura do Diabo e parcelas de indivíduos submetidas aos caprichos dos poderosos, e, por isso, perseguidos, presos e mortos por estarem associados a uma figura que personificava o mal. O Diabo, nessa perspectiva, expressa manifestamente as separações, segregações e as violências impostas pelos detentores do poder a minorias por eles indesejadas por dificultarem seus projetos de poder.

A associação de determinadas parcelas da população ao Diabo foi e tem sido uma tentativa de naturalizar e normalizar processos de violência como formas de manejo de conflitos que se creem constitutivos das relações sociais. Entretan-

---

[1] A versão bíblica do Diabo o revela como uma pessoa real, não apenas o mal no coração de alguém (BÍBLIA SAGRADA, 1988, 2ª parte, p. 5).

to, esta maneira de pensar os conflitos e a eles associar a utilização da violência como forma de solução carrega consigo uma certa dose de determinismo, onde absolutamente não há determinismo algum. As distintas sociedades existentes no mundo não carecem da existência de determinados conflitos e de determinadas formas de violência em seus processos de constituição: esses processos são construídos.

No caso da violência de gênero, não é diferente. As diferenças biológicas entre homens e mulheres têm justificado as diferenças de gênero masculino e feminino, e, ao utilizar o recurso biológico, as distinções socioculturais se transformam em imutáveis. As características biológicas sustentam uma distinção cultural arbitrária e histórica, como são as categorias de gênero, com sua consequente variabilidade segundo os sistemas socioculturais. Os aspectos biológicos adquirem maior ou menor envergadura segundo as argumentações teóricas, mas nunca deixam de se constituir no eixo sobre o qual transitam as categorias de gênero. As sociedades matriarcais fazem parte mais da mitologia científica do que das evidências etnográficas. Os sistemas socioculturais se estruturam sobre uma base de supremacia masculina, sociedades patriarcais (MOORE, 1978) ou androcêntricas (BOURDIEU, 1998) segundo alguns autores.

O que é preciso destacar em termos de violência, concordando com Rita Segato (2003), é que

> Si pasamos revista a la tipología de la violencia (bélica, institucional, terrorista, crimen organizado, femicidio, bandas criminales, violencia policial, etc.) todas las conexiones y reclutamientos existentes entre estos niveles de violencia que atraviesan de arriba abajo, todo el continente social hasta los niveles capilares de las relaciones más íntimas giran em espiral a partir de una célula elemental que prolifera ad infinitum: la escena elemental del patriarcado, con su mandato de poder. En cualquiera de estos estratos y modalidades, siempre la exacción de tributo moral o material para la constitución o realimentación del poder, o la disputa por poder – económico, político – forman parte del móvil en esta economía simbólica beligerante e inestable.

Um dos aspectos que tem caracterizado positivamente o processo civilizatório é o contínuo desvelamento das distintas formas de violência. Nesse processo, tanto a academia, pela elaboração de teorias críticas, quanto os movimentos sociais, cujo principal eixo de ação é o reconhecimento de diferenças como elemento central de processos identitários e de reivindicação de redistribuição de bens sociais, têm desempenhado um importantíssimo papel, uma vez que a identificação de diferentes tipos de violência tem permitido ações mais pontuais e eficazes em termos de políticas públicas e institucionalizações normativas. Um exemplo reverso é significativo para ilustrar essa importância no diagnóstico dos

diversos tipos de violência. O deficiente diagnóstico das causas da criminalidade no Brasil tem levado à adoção de uma política massiva de encarceramento – chegamos ao terceiro lugar no *ranking* dos países com maior população carcerária, algo em torno de 727.000 presos –, sem uma correspondente diminuição da ocorrência de crimes em nosso país –muito pelo contrário, os números têm aumentado ano após ano (INFOPEN, 2016).

Nesse sentido, adentramos na lógica social que se oculta nesses processos de violência, buscando diferenciar os distintos aportes, que desde o plano sociocultural podemos fazer, é o móvel que orienta essa nossa busca teórica. De uma pluralidade de vozes disciplinares preocupadas pela temática, buscaremos deslindar aqueles aportes que nos permitem compreender de que modo se percebem os processos e/ou atos de violência e quais são as condições estruturais que facilitam sua ocorrência. Essa base investigativa teórico-especulativa tem a finalidade de aprimorar o máximo possível a diagnose dos tipos de violência e suas respectivas causas como meio de criação de alternativas de otimização dos processos de tomada de decisão em termos de quais estratégias políticas e jurídicas são as mais adequadas, dentro da nossa realidade social, para o tratamento do fenômeno da violência de gênero.

Um primeiro passo para deslindarmos a questão da tipologia da violência é a formulação de uma crítica da violência, utilizando aqui o termo em duas acepções, a serem trabalhadas conjuntamente: a primeira, no sentido kantiano, significando a delineamento de limites; a segunda, como uma teoria do inconsciente, com a finalidade de trazer à consciência aquilo de que não se tem consciência, tal como fez Marx, dirigindo-se ao que está oculto: a religião, a política, as leis etc. – o todo cultural que *conduz* nossas vidas – que disfarçam e transformam um meio econômico de produção artificial em perfeitamente natural, os *mecanismos ocultos da sociedade*, um inconsciente econômico que permeia todo o tom crítico de sua obra, como trabalhou Freud em relação à estrutura psíquica dos seres humanos.

Desde essas duas perspectivas críticas, primeiramente, é importante demarcar alguns conceitos sobre violência. Benjamin, asseverando que a tarefa de uma crítica da violência pode se circunscrever à apresentação de suas relações com o direito e a justiça, define-a afirmando que "qualquer que seja o modo como atua uma causa, ela só se transforma em violência, no sentido pregnante da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera dessas relações é designada pelos conceitos de direito e justiça" (BENJAMIN, 2011, p. 121). Já para Françoise Heritier, a violência é um fenômeno que se produz nos sujeitos, reflete-se em todos os âmbitos de desempenho social – família, sociedade, Estado – e obedece a fatores culturais, sociais e psicológicos, podendo ser definida como "toda coação de natureza física ou psíquica suscetível de levar ao terror, ao deslocamento, à infelicidade ou à morte de um ser animado; todo ato de intromissão que tem por

efeito voluntário ou involuntário o desapossamento de outro, o prejuízo ou a destruição de objetos inanimados" (HERITIER, 1996, p. 28).

Outra importante abordagem conceitual acerca da violência nos é dada por Galtung. Segundo este autor, a violência se faz presente em processos que habitualmente a desconhecem, porque não só limita a sua consideração aos fatos abruptos e excessivos senão a condições socioestruturais que se manifestam na série de ameaças evitáveis contra a satisfação das necessidades humanas básicas. A violência, nesse sentido, consiste na diminuição do nível real de satisfação das necessidades dos sujeitos por baixo do que seria potencialmente possível. Nas palavras do próprio Galtung (1995, p. 114-115):

> A violência está presente quando os seres humanos se veem influenciados de tal maneira que suas realizações efetivas, somáticas e mentais, estão abaixo de suas realizações potenciais, de modo que quando o potencial é maior que o efetivo, e isso é evitável, existe violência.

Num nível ontológico de análise, não há como evitar falarmos que a violência sempre alude a um vínculo de poder, para possibilidade de imposição da vontade, desejo ou projeto de um ator sobre outro, não se limitando a violência ao uso da força física, mas também se estendendo à possibilidade de ser usada para fins de ameaça ou intimidação psicológica (BOBBIO, 2010). A violência nos remete à dinâmica das relações sociais, pois a presença de um *outro* nos distingue e diferencia como sujeito. Mais além dos acordos e da harmonia que podemos reconhecer nas interações sociais que permitem sustentar as sociedades, presenciamos as tensões pelas diferenças entre sujeitos e pelo acesso a algumas posições de maior poder.

Num mundo altamente complexo e desconcertante como o em que vivemos hoje, onde as zonas anômicas se multiplicam, os sujeitos cada vez mais atuam segundo seus interesses mais particulares e egoístas, e, nele, a sexualidade é uma das esferas na qual uma multiplicidade de valores atua intensamente na geração do agir humano, onde há largas justificativas para todo tipo de conduta exercida privada ou publicamente, onde a imposição do desejo e o prazer de adultos sobre crianças, de homens sobre mulheres, de heterossexuais sobre homossexuais evidencia-se numa magnitude e visibilidade que alcançaram os fatos de violência sexual e de gênero.

Os modos como reagem os indivíduos diante dos atos de violência respondem às condições em que se constituem como tais e às representações/interpretações que fazem do fenômeno, é dizer, segundo as formas de incorporação dos princípios e elementos que orientam/determinam suas práticas. Por isso, encontramo-nos com uma diversidade de sujeitos reagindo de formas diferentes diante de fatos semelhantes. Diante disso, para analisar as razões pelas quais sujeitos individualizados e/ou grupos envolvem-se em processos de violência, colocam-se

algumas alternativas de aproximação investigativa, mas uma que tem assumido historicamente uma importância destacada é a que enfatiza um tensionamento entre distintas tradições de pensamento construídas nas ciências sociais e na filosofia política. Referimo-nos aos embates entre subjetivistas-individualistas e objetivistas-coletivistas.

Destacar o caráter ativo, reflexivo, da conduta humana e da ação social, ou, em sentido diverso, entender ser o comportamento humano um resultado de forças que os atores não controlam nem compreendem são os dois pontos fulcrais de compreensão sobre os quais se armam as tradições subjetivistas e objetivistas no âmbito das ciências sociais e da filosofia política. Esse embate e as possibilidades hermenêuticas dele emergentes são incontornáveis para um bom entendimento acerca dos principais aspectos ôntico-ontológicos do fenômeno da violência. A ocorrência desse embate varia de intensidade nas diferentes ciências sociais, havendo algumas em que uma tradição é predominante, por exemplo, na psicologia, com uma hegemonia da tradição subjetivista, ou, em sentido contrário, na antropologia, na qual prevalece o objetivismo. Mas também há regionalidades científicas nas quais a oposição entre essas tradições guarda um maior equilíbrio, sem um esmagador predomínio de uma em detrimento da outra, como é o caso da sociologia.

A opção teórica aqui esboçada tem como ponto de partida o fato de que, como bem já observara Bobbio, toda a história do pensamento político, ao que por ora se agrega também o pensamento jurídico, está dominada por uma grande dicotomia: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo) (BOBBIO, 1999, p. 45). Mesmo que esse movimento dicotômico não seja retilíneo e permanente, havendo até mesmo momentos históricos em que ele encontra lapsos de arrefecimento, é possível dizer que, em encruzilhadas marcantes da vida social e institucional do ocidente, ela se fez notar de forma marcante.

Essa dicotomia holismo/atomismo compõe um conflito de tradições de pesquisa intelectual com reflexos nas mais variadas construções culturais ocidentais. Cada uma delas foi e continua sendo parte da elaboração de um modo de vida social e moral do qual a própria pesquisa intelectual foi e continua sendo parte integrante. Em cada uma delas, as formas dessa vida permanecem incorporadas às instituições sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Essas tradições, utilizando o pensamento de MacIntyre (1991, p. 375-376), diferem entre si muito mais do que suas concepções conflitantes de racionalidade prática e justiça: elas diferem nos catálogos de virtudes, nas concepções do eu e nas cosmologias metafísicas; diferem também no modo como, em cada uma delas, chegou-se às concepções de racionalidade prática e justiça.

A partir de debates, conflitos e pesquisas, realizados desde tradições de pesquisa que privilegiam ou a subjetividade ou a objetividade socialmente materializadas e historicamente contingentes, as disputas referentes à racionalidade

prática e à justiça são propostas, modificadas, abandonadas ou substituídas. Essas tradições de pesquisa, nesse sentido, surgem como base de justificação racional e de crítica de concepções de racionalidade prática e justiça.

Tais tradições diferem radicalmente em relação a uma gama numerosa de assuntos, que se constituem como categorias fundamentais de cada uma delas. Divergem, por exemplo, atomistas e holistas, visceralmente quanto às questões que dizem respeito ao grau de permissividade para a intervenção estatal na sociedade civil, quanto à propriedade, quanto às matérias tributárias, quanto ao direito econômico, ou, dentro do foco deste trabalho, quanto às concepções de violência e, por consequência, quanto às estratégias políticas e jurídicas a serem adotadas para o enfrentamento desse problema. Por outro lado, convergem harmoniosamente para a solução de outros problemas, pois não resta qualquer dúvida de que individualistas e coletivistas concordam que o homicídio e o estupro são condutas que merecem ser reprimidas mediante a imposição de sanções penais, ou, por outro lado, que alguns parâmetros mínimos de direitos sociais devem ser concretizados. É importante destacar, dentro do foco da presente reflexão, que, em termos de gênese da violência, a divergência entre subjetivistas e objetivistas é bastante forte, pois enquanto os primeiros entendem ser o principal elemento genético desse fenômeno a vontade individual dos agentes, os segundos compreendem o crime como resultante de fatores sociais que transcendem o indivíduo.

Nessas áreas, em que há questões ou assuntos comuns a mais de uma tradição, uma delas pode estruturar suas teses por meio de conceitos tais que impliquem necessariamente a falsidade das teses sustentadas por uma ou mais tradições, embora, ao mesmo tempo, não exista nenhum padrão comum, ou só existem padrões insuficientes, para que se possam julgar os pontos de vista adversários. Muitas vezes, considerações exigidas no interior da tradição atomista só podem ser ignoradas pelos que conduzem a pesquisa ou o debate na tradição holista, à custa de, segundo seus próprios padrões, excluir boas razões para crer ou descrer em algo, ou para agir de uma forma e não de outra. Inobstante, não raro acontece que, em outras áreas, o que é afirmado por objetivistas pode, aprioristicamente, não encontrar nenhuma equivalência entre subjetivistas, ou vice-versa. Esta última situação surge de forma bastante clara, por exemplo, em relação à concretização dos direitos fundamentais de natureza não individual dentro de uma estrutura normativa e institucional predominantemente especializada para a efetivação de direitos individuais. A forma de construção do direito liberal-individualista e, particularmente, de algumas de suas ramificações, faz com que surja uma série de obstáculos quase intransponíveis quando se pensa na efetivação de novas funções do Direito num projeto constitucional com vertente social-democrática, fundada, de forma inovadora, em direitos fundamentais com diferentes funcionalidades, pois estes têm uma gama de idiossincrasias

que exige um outro modelo normativo, uma outra forma jurídica que se distancia, em vários pontos, da liberal-individualista.

A demonstração da permanência e atualidade das discussões e pesquisas realizadas contemporaneamente no universo das ciências sociais, tendo como pano de fundo o embate entre subjetivistas e objetivistas, e, especificamente, no âmbito do direitoe das alternativas práticas de solução dos conflitos, justifica-se na medida em que, se, de fato, a violência é resultante de uma decisão e de um comportamento meramente individual, sem maiores influências de fatores exógenos ao agente. As soluções individualizadas, como as medidas protetivas previstas em nossa legislação, parecem não ser uma má opção política, devendo sua (in)eficácia ser pensada em termos de gestão pública orçamentária, com um foco na relação custo-benefício para a administração, ou em termos de otimização de aspectos da aplicação e execução da lei, tanto em termos normativos quanto corporativos em relação às agências governamentais por meio das quais são executadas as políticas públicas e as decisões judiciais. Noutro sentido, é possível trabalhar sob a hipótese de que a violência é o corolário também de forças sistêmicas ou estruturais, que atuam objetiva, separadamente ou em conjunto, com a vontade ou motivação individual, sendo, nesta perspectiva, a violência um fenômeno total ou parcialmente transcendente aos indivíduos e, portanto, as soluções devem ser pensadas também dessa maneira,mais em termos de políticas públicas haveria um reposicionamento social dos agentes hipossuficientes à violência ou de redistribuição de bens sociais de forma a empoderá-los, suavizando, assim, os efeitos das assimetrias das relações de poder na geração dos processos de violência. Uma terceira via, que se constitui numa das orientações principais do presente trabalho, pode ser cunhada a partir da consideração da relevância dessas duas vertentes de pesquisa e pensamento, na qual tanto a subjetividade e a reflexividade do agente quanto a objetividade estrutural de fatores externos têm um importante papel causal na gênese da violência, e, portanto, devem ser consideradas ponto de partida para a projeção de novas práticas de solução dos conflitos nos quais gênero e sexualidade são apontados como importantes marcadores daqueles.

Esse embate que tem se constituído numa das principais, senão na principal contenda de base nas ciências sociais e na filosofia política, está presente num paradoxo relativo à nossa própria concepção de violência. Como bem alerta Žižek (2014, p. 17), os sinais mais evidentes de violência que nos vêm à mente são atos de crime e terror, confrontos civis, conflitos internacionais. Mas, segundo ele, devemos aprender a dar um passo para trás, a desembaraçar-nos do engodo fascinante dessa violência *subjetiva* diretamente visível, exercida por um agente claramente identificável. Precisamos ser capazes de perceber os contornos dos cenários que engendram essas explosões. O passo para trás nos permite identificar uma violência que subjaz aos nossos próprios esforços que visam combater a violência e promover a tolerância.

A violência subjetiva, na visão de Žižek (2014, p. 17), é somente a parte mais visível de um triunvirato que inclui também dois tipos objetivos de violência. Em primeiro lugar, há uma violência *simbólica* encarnada na linguagem e em suas formas, naquilo que Heidegger chamaria a *nossa casa do ser*. Essa violência não está em ação apenas nos casos evidentes – e largamente estudados – de provocação e de relações de dominação social que nossas formas de discurso habituais reproduzem: há uma forma ainda mais fundamental de violência que pertence à linguagem enquanto tal, à imposição de um certo universo de sentido, como ocorre, por exemplo, nos discursos fundamentalistas homofóbicos ou misóginos, em que se perpetuam as tentativas infundadas de naturalização de discursos de anormalidade dos *gays* e lésbicas ou da condição de submissão biológica da mulher. Em segundo lugar, há aquilo a que se pode chamar violência *sistêmica*, que consiste nas consequências, muitas vezes catastróficas, do funcionamento regular de nossos sistemas econômico e político.

A questão fulcral que se coloca é que a possibilidade de percebermos esses distintos tipos de violência e o modo como os percebemos têm sérias implicações nas institucionalizações e práticas políticas que elaboramos para enfrentá-los. As violências subjetiva e objetiva não podem ser percebidas sob o mesmo ponto de vista: a violência subjetiva é experimentada enquanto tal contra o pano de fundo de um grau zero de não violência. É percebida como uma perturbação do estado de coisas *normal* e pacífico. Contudo, a violência objetiva é precisamente aquela inerente a esse estado *normal* de coisas. A violência objetiva é uma violência invisível, uma vez que é precisamente ela que sustenta a normalidade do nível zero contra a qual percebemos algo como subjetivamente violento. Assim, a violência sistêmica é, de certo modo, algo como a célebre *matéria escura* da física, a contrapartida de uma violência subjetiva (demasiado) visível. Pode ser invisível, mas é preciso levá-la em consideração se quisermos elucidar o que parecerá de outra forma explosões *irracionais* de violência subjetiva.

Essa dualidade subjetiva-objetiva e o seu caráter velado, escondido, dissimulado na maioria das vezes do fenômeno da violência aparece também numa abordagem classificatória de Galtung, que guarda uma proximidade muito grande com a análise de Žižek. Na dinâmica da vida social, este autor distingue três formas de violência: a direta, a estrutural e a cultural, correspondentes à violência subjetiva, sistêmica e simbólica na classificação žižekiana, respectivamente. A primeira, a violência direta, é a visível (física ou verbal, por todos perceptível), e as outras duas, violência estrutural e violência cultural, tornam-se invisíveis ao olho do não especialista. A violência estrutural é definida como a soma total de todos os choques incrustados nas estruturas sociais e mundiais e remete a situações de exploração, discriminação e marginalização. Já a violência cultural está constituída pelos arrazoamentos, atitudes, ideias que promovem, legitimam e justificam a violência em suas formas direta ou estrutural (GAL-

TUNG, 1995, p. 315-316). As três formas se acham relacionadas e condicionadas, pois a direta é produto dos efeitos das duas invisíveis – estrutural e cultural –, mas estas, por sua vez, são solidárias entre si, gerando um circuito de retroalimentação que requer uma profunda reflexão para ser desarticulada. Nos termos de Crettiez, estas duas últimas formas constituem o que denomina "determinantes coletivas da violência – pontualmente referindo-se à marginalidade política, à frustração econômica e à valorização social da violência –, condições elementares – mas nem sempre reconhecidas pelos sujeitos envolvidos nelas – que tornam possíveis que um sujeito participe em atos de violência" (CRETTIEZ, 2009, p. 12-13).

Philippe Bourgois, buscando uma aproximação num nível mais fenomenológico, elabora uma tipologia de violência articulando aportes de diversos autores como Galtung, Bourdieu e Scheper-Hughes, estabelecendo quatro formas que podem combinar-se e não se excluir: a violência política, a violência estrutural, a violência simbólica e a violência cotidiana ou de todos os dias. A violência estrutural segue a mesma definição de Galtung. Sua diferenciação está no âmbito da violência política e da simbólica. A primeira é a que se exerce direta e decididamente em nome de uma ideologia política, ou de um estado tal como a repressão física ante o dissenso executada pelo exército ou pela polícia, ou a luta armada popular contra um regime repressivo. Já a simbólica relaciona-se com o *como* opera a dominação desde um nível íntimo, por meio do autorreconhecimento das estruturas de poder por parte do dominado que coadjuva sua própria opressão, dado que percebe e julga a ordem social pelas categorias dos dominantes que naturalizam a opressão (BOURGOIS, 2001).

Crettiez (2009, p. 17-18) também propõe uma diferenciação entre os tipos de violência, distinguindo basicamente entre a visível e a invisível, e, com esta distinção, analisa as variadas formas de expressão da violência. Entre as primeiras, destaca a violência física, que se expressa segundo diferentes circunstâncias e pode ser analisada como violência contingente à ordem social ordinária ou violência inerente à ação ou ao sistema político ou violência instrumental. Entre as invisíveis, detém-se na estrutural e na simbólica, tomando também como referentes Galtung e Bourdieu.

GÊNERO E VIOLÊNCIA COMO CRITÉRIOS DE MARCAÇÃO DOS FENÔMENOS DE VIOLÊNCIA

Movendo-nos por essas distintas classificações que reconhecem, por distintas perspectivas, o fenômeno da violência, as diferenças de gênero e sexualidade apresentam-se como uma das justificativas mais eficazes, ou uma das mais eficazes para o exercício da violência. A violência de gênero apresenta-se sob dois panoramas: uma, restrita às mulheres; outra, mais ampla, que inclui diferentes

gêneros e manifestações de sexualidade. A primeira considera violência de gênero, segundo Espinar Ruiz "la violência ejercida contra una mujer por parte de su pareja o ex-pareja, es una violencia direta con claras dimensiones de género en la medida en que interrelaciona con unas formas concretas de violência estructural (relaciones patriarcales) y cultural (ideologias machistas)" (ESPINAR RUIZ, 2004, p. 78).Na segunda acepção, achamos como violência de gênero "una forma de violencia que se fundamenta en unas relaciones de dominación por razón de género y en unas concretas definiciones de género; es decir, también en una dominación en el plano simbólico-cultural" (ESPINAR RUIZ; MATEO PÉREZ, p. 198).

No âmbito da comunidade política internacional, segundo o Informe Mundial sobre Violência e Saúde, a violência sexual é definida como "todo ato sexual, a tentativa de consumar um ato sexual, os comentários e insinuações sexuais não desejados, ou as ações para comercializar ou utilizar de qualquer outro modo a sexualidade de uma pessoa mediante coação por outa pessoa, independentemente da relação desta com a vítima, em qualquer âmbito, incluídos o lar e o lugar de trabalho" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1993). Este conceito encerra, especialmente devido a sua origem, uma definição bastante restrita às mulheres (ESPINAR RUIZ, 2004, p. 93).

Outros autores, como Chejter, colocam que a violência de gênero é um conceito amplo que inclui violações sexuais, acosso sexual, prostituição[2], abusos sexuais e feminicídios, tanto no âmbito público como privado. Adverte que não há uma só forma de molestar, coexistem ações que podem ser: violência física, emocional, psicológica, sexual, econômica ou patrimonial. E, ao referir-se à violência de gênero, assinala que ela se articula também com outras formas de violência: a étnica, de classe, econômica, institucional, cultural, religiosa, entre grupos de conflito etc. (CHEJTER, 2007).

Outras definições integram, em conceitos mais amplos e densos, expressões fenomenológicas diversas, aparentemente desconexas, que dão conta de processos mais complexos e sutis, como a violência simbólica e a violência moral. A violência simbólica é uma decorrência do exercício do poder simbólico, que, segundo Bourdieu (1998, p. 11), são instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e conhecimento, que cumprem a sua função política de instru-

---

[2] No caso da prostituição é importante diferenciar a prostituição forçada da prostituição livre. Nesse caso, o Grupo Davida (2005), destaca que prostituição forçada é quando a pessoa é obrigada a se prostituir, em especial, por questões envolvendo necessidades financeiras e/ou por tráfico humano que resulta em exploração sexual através da prostituição, enquanto na prostituição "livre", as profissionais do sexo têm a atividade como uma profissão, o que não significa que tenham, de forma clara, uma possibilidade de escolha diante das agruras de sua existência.

mentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe por outra (violência simbólica). Nesse processo, de acordo com Bourdieu:

> As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo de tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais (BOURDIEU, 1998, p. 11).

Já a violência moral, nos termos propostos por Segato, relaciona-se ao conjunto de mecanismos legitimados para garantir a manutenção dos *status* relativos entre os termos de gênero. Esses mecanismos de preservação de sistemas de *status* operam também no controle da permanência de hierarquias em outras ordens, como a racial, a étnica, a de classe, a regional e a nacional (SEGATO, 2003, p. 107). Maisadiante, a mesma autora afirma que:

> La violencia moral es el más eficiente de los mecanismos de control social y reproducción de las desigualdades. La coacción de orden psicológico se constituye en el horizonte constante de las escenas cotidianas de sociabilidad y es la principal forma de control de las categorías sociales subordinadas. En el universo de las relaciones de género, la violencia psicológica es la forma de violencia más maquinal, rutinaria e irreflexiva y, sin embargo, constituyen el método más eficiente de subordinación e intimidación (SEGATO, 2003, p. 114).

Segato ainda destaca que a eficácia da violência moral na reprodução das desigualdades radica-se em três aspectos que a constituem: 1) sua disseminação massiva na sociedade, sua naturalização como parte da normalidade; 2) seu arraigo em valores orais religiosos e familiares que permitem sua justificação; e 3) a falta de nomes ou outras formas de designação e identificação das condutas que torna impossível assinalá-las ou tipificá-las e, portanto, dificultam a denúncia e impede as vítimas de se defenderem (SEGATO, 2003, p. 119).

A importância desse nosso percurso por distintas taxinomias acerca da violência e, mais especificamente, da violência de gênero, reside no fato de que a visibilidade de processos submersos ou inconscientes de violência constitui-se numa condição primordial para processos públicos de tomadas de decisão políticas e jurídicas eficazes no enfrentamento desse fenômeno. A visibilidade ou invisibilidade dos processos de violência depende do *habitus* do observador. A possibilidade de reconhecer como expressões de violência de gênero e de violência sexual certas práticas sociais nos remete antes ao *como* e *desde onde* interpretamos essas práticas do que propriamente a fatos empíricos. Este percurso por categorias descritivas do fenômeno da violência nos possibilita tomar consciência da variabilidade dos modos pelos quais se pode expressar essa vontade e

impô-la sobre os outros, pois a violência é um fenômeno de múltiplas caras e fundamentos nas distintas realidades históricas e sociais. Para decifrar sua complexidade, não há remédio melhor do que segmentá-la em modalidades significativas (MARTÍN FERRANDIZ; FEIXA PAMPOLS, p. 159).

Aqui, é de suma importância destacar a necessidade de não se confundir gênero e sexo e, consequentemente, violência de gênero e violência sexual. Neste aspecto, compartilhamos as palavras de Butler, que, em sua crítica às concepções monolíticas de mulher, bem como em seu alerta para a existência de uma ordem compulsória do sexo/gênero/desejo, manifesta-se no sentido de que:

> Embora a unidade indiscutida da noção de "mulheres" seja frequentemente invocada para construir uma solidariedade da identidade, uma divisão se introduz no sujeito feminista por meio da distinção entre sexo e gênero. Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo (BUTLER, 2003, p. 24).

Butler (2003, p. 24) também aponta que, se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorre de um sexo desta ou daquela maneira. Levada ao seu limite lógico, a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos. Nesse sentido, para esta autora, se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica): tem de designar também o mesmo aparato de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí, conclui Butler (2003, p. 25), que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual a "natureza sexuada" ou "um sexo natural" é produzido e estabelecido como "pré-discursivo", anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra *sobre a qual* age a cultura.

Com outra perspectiva, Simone de Beauvoir (1980) abriu uma nova senda feminista na qual o gênero é aplicado a pessoas reais como uma «marca" biológica, linguística ou cultural, podendo ser compreendido como um significado assumido por um corpo já diferenciado sexualmente, significado este que só existe em relação a outro significado oposto. Neste percurso teórico, por exemplo, caminham as feministas beauvoirianas, para quem somente o gênero feminino é mar-

cado, e que a pessoa universal e o gênero masculino se fundem em um só gênero, definindo, com isso, as mulheres nos termos do sexo deles e enaltecendo os homens como portadores de uma pessoalidade universal que transcende o corpo.

Um bom resumo das abordagens teóricas sobre o termo gênero é dado por Scott, para quem os/as historiadores/as feministas têm empregado uma variedade de abordagens na análise do gênero, mas essas podem ser resumidas em três posições teóricas. A primeira, uma tentativa inteiramente feminista, empenha-se em explicar as origens do patriarcado, voltando sua atenção à subordinação das mulheres e encontrando a explicação dessa subordinação na "necessidade" masculina de dominar as mulheres. A segunda se situa no interior de uma tradição marxista e busca um compromisso com as críticas feministas, desde uma autoexigência imposta de que haja uma explicação "material para o gênero, onde capitalismo e patriarcado, embora independentes, estão em constante interação. A terceira, fundamentalmente dividida entre o pós-estruturalismo francês e as teorias anglo-americanas de relação do objeto (*object-relation theories*), se inspira nessas diferentes escolas de psicanálise para explicar a produção e reprodução da identidade de gênero do sujeito" (SCOTT, 1995, p. 77-79).

Por fim, a própria definição de Scott é importante de ser destacada. Para Joan Scott (1995), gênero vem a ser as diferenças que são percebidas entre mulheres e homens, num âmbito de papéis culturais e históricos assumidos e reconhecidos socialmente, *a priori*, numa perspectiva binária, dividido em "masculino" e "feminino". A autora, ao abordar a categoria analítica do termo "gênero", afirma que ele possui duas proposições distintas: "[...] (1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado as relações de poder" (SCOTT, 1995, p. 86). Ainda, o vocábulo "gênero" engloba elementos que constituem seu núcleo essencial, quais sejam os símbolos que são disponíveis culturalmente, conceitos normativo-culturais que fornecem significado aos símbolos, noções envolvendo aspectos políticos, institucionais, bem como organizações sociais, e, finalmente, perspectivas sobre a identidade subjetiva das pessoas (SCOTT, 1995).

A TIPOLOGIA DA VIOLÊNCIA NA POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

No documento denominado Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres no Brasil, elaborado pela Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, vinculada à Presidência da República, a partir do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), elaborado com base na I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, realizada em 2004 pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) e pelo Conselho Nacional

dos Direitos da Mulher (CNDM), uma série de conceitos e diretrizes foram elaborados, entre eles, um conceito institucionalizado de violência contra a mulher. Diz o documento que:

> O conceito de violência contra as mulheres, adotado pela Política Nacional, fundamenta-se na definição da Convenção de Belém do Pará (1994), segundo a qual a violência contra a mulher constitui "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado" (Art. 1º) (BRASIL, 2011, p. 19).

A definição é, portanto, ampla e abarca diferentes formas de violência contra as mulheres, tais como: a) a violência doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher, compreendendo, entre outras, as violências física, psicológica, sexual, moral e patrimonial (Lei n. 11.340/2006); b) a violência ocorrida na comunidade e que seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; c) a violência perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra (violência institucional).

Essa Política Nacional reconhece uma considerável gama de manifestações de violência contra a mulher, expressa na seguinte tipologia (BRASIL, 2011, p. 22-24):

> a) Violência Doméstica – entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (Lei nº 11.340/2006). A violência doméstica contra a mulher subdivide-se em: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. O Parágrafo Único da Lei Maria da Penha dá visibilidade à violência doméstica e familiar contra as mulheres lésbicas, ao afirmar que "as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".
> b) Violência Sexual – É a ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual, físico ou verbal, ou participar de outras relações sexuais com uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro mecanismo que anule o limite da vontade pessoal.
> c) Violência Física – Qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.

d) Violência Psicológica – Conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima da mulher ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

e) Violência Patrimonial – Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

f) Violência Moral – Entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

g) Violência Institucional – É aquela praticada, por ação e/ou omissão, nas instituições prestadoras de serviços públicos. Mulheres em situação de violência são, por vezes, "revitimizadas" nos serviços quando: são julgadas; não têm sua autonomia respeitada; são forçadas a contar a história de violência inúmeras vezes; são discriminadas em função de questões de raça/etnia, de classe e geracionais. Outra forma de violência institucional que merece destaque é a violência sofrida pelas mulheres em situação de prisão, que são privadas de seus direitos humanos, em especial de seus direitos sexuais e reprodutivos.

h) Tráfico de Mulheres – O conceito de Tráfico de Mulheres adotado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República do Brasil (SPM/PR) baseia-se em uma abordagem focada na perspectiva dos direitos humanos das mulheres e no Protocolo de Palermo, em que há três elementos centrais: 1. movimento de pessoas, seja dentro do território nacional ou entre fronteiras; 2. uso de engano ou coerção, incluindo o uso ou ameaça da força ou abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade; e, 3. a finalidade de exploração (exploração sexual; trabalho ou serviços forçados, incluindo o doméstico; escravatura ou práticas similares à escravatura; servidão; remoção de órgãos; casamento servil).

i) Exploração Sexual de Mulheres – No Código Penal Brasileiro em seu Capítulo V – do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual, o Artigo 227 diz que exploração sexual "é induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem" e o Artigo 228 dispõe que é "induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone".

j) Assédio Sexual – A abordagem, não desejada pelo outro, com intenção sexual ou insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de subalternos ou dependentes. Para sua perfeita caracterização, o constrangimento deve ser

causado por quem se prevaleça de sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. O assédio sexual é tipificado como crime (art. 216-A, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 1991).
k) Cárcere Privado – Segundo o Art. 148 do Código Penal Brasileiro, configura-se quando uma pessoa é impedida de andar com liberdade e é mantida presa contra a vontade.

Ainda que a tipologia apresentada nesse documento seja extensa, ela cobre fundamentalmente as manifestações de violência subjetiva ou visível (Žižek), direta (Galtung) e cotidiana ou de todos os dias (Bourgois). Na tipologia positivada nesse documento, não há qualquer menção às formas objetivas, invisíveis de violência praticadas contra as mulheres, de fundo estrutural, simbólico, cultural ou moral. A consequência disto é que o leque de medidas preventivas e repressivas de combate à violência contra a mulher, proposto no plano contido na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, praticamente restringe-se a soluções voltadas às vítimas ou aos agressores de modo individualizado. Nos objetivos e nas ações e prioridades dessa política pública, ainda que haja menção no objetivo geral de "Enfrentar todas as formas de violência contra as mulheres a partir de uma perspectiva de gênero e de uma visão integral deste fenômeno" (BRASIL, 2011, p. 35) – destaque-se aqui a pretensão de enfrentar o problema desde uma visão integral do fenômeno –, o que se vislumbra, a partir da tipologia antes mencionada, é uma visão parcial, marcada por uma percepção deficiente da violência contra as mulheres apenas em sua faceta subjetiva, direta, cotidiana, deixando praticamente de lado as causas estruturais, simbólicas e culturais, que são as mais profundas e invisíveis, e cujo enfrentamento reclama estratégias e políticas públicas muito mais complexas, totalmente distintas das utilizadas para o tratamento da violência direta, visível.

Essa fixação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres no aspecto subjetivo, direto, visível do fenômeno revela uma enorme falha na monitoração reflexiva que tem sido feita em relação a esse universo fenomênico e, por consequência, na racionalização pretendida de nossas políticas públicas voltadas à prevenção e ao combate desse tipo de violência. Dados do Ligue 180 –Central de Atendimento à Mulher, serviço criado e mantido pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Cidadania, revelam uma sensível ineficácia de nossas políticas de prevenção e repressão da violência contra a mulher, pois o aumento da violência de gênero em nosso país traduz-se numa curva crescente ano após ano (BRASIL, 2016). Desde sua criação, em 2005, o serviço já registrou 5.378.774 atendimentos. Os dados apontam que, somente no 1º semestre de 2016, a Central realizou 555.634 atendimentos, o que, em média, contabilizaram 92.605 atendimentos/mês e 3.052 atendimentos/dia. Essa quantidade foi 52% superior ao número de atendimentos

realizados no 1º semestre de 2015 (364.627). Do total de atendimentos do 1º semestre de 2016, 12,23% (67.962) corresponderam a relatos de violência. Dentre os relatos, 51,06% corresponderam à violência física; 31,10% à violência psicológica; 6,51% à violência moral; 4,86% ao cárcere privado; 4,30% à violência sexual; 1,93% à violência patrimonial; e 0,24% ao tráfico de pessoas.

Em comparação com o mesmo período de 2015, a Central de Atendimento à Mulher constatou que, no tocante aos relatos de violência, houve um aumento de 142% nos registros de cárcere privado, com a média de 18 registros/dia, e de 147% nos casos de estupro, com média de 13 relatos/dia.

No 1º semestre de 2016, foi notado o aumento de 133% nos relatos relacionados à violência doméstica e familiar, comparando-se com o mesmo período do ano passado. Além disso, do total de informações prestadas (299.743), 25% (76.633) se referiram à Lei Maria da Penha e à violência doméstica e familiar.

Outro dado relevante e alarmante refere-se aos feminicídios praticados no Brasil. De acordo com o Mapa da Violência, dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013, 50,3% foram cometidos por familiares, sendo a maioria desses crimes (33,2%) cometidos por parceiros ou ex-parceiros. Isso significa que, a cada sete feminicídios, quatro foram praticados por pessoas que tiveram ou tinham relações íntimas de afeto com a mulher. A estimativa feita nesse relatório investigativo, com base em dados de 2013 do Ministério da Saúde, alerta para o fato de ser a violência doméstica e familiar a principal forma de violência letal praticada contra as mulheres no Brasil. O Mapa da Violência de 2015 também mostra que o número de mortes violentas de mulheres negras aumentou 54% em dez anos, passando de 1.864 em 2003 para 2.875 em 2013. No mesmo período, a quantidade anual de homicídios de mulheres brancas diminuiu 9,8%, caindo de 1.747 em 2003 para 1.576 em 2013.

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha influenciado um pouco na diminuição dos feminicídios – a Pesquisa Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha, realizada pelo IPEA (BRASIL, 2015), apontou que a Lei n. 11.340/2004 fez diminuir em cerca de 10% a taxa de homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas –, não teve a eficácia suficiente para diminuir drasticamente o problema, que a cada ano tem aumento nos seus números absolutos.

Essa correspondência entre uma percepção subjetiva, direta, visível da violência e a adoção de medidas que tendem a ser aplicadas ao universo individualizado da vítima ou do agressor encontra uma similaridade com as nossas práticas penais. A hegemonia subjetivista tanto no plano teórico quanto no prático tem levado a uma deficiente racionalização do nosso sistema penal e de nossas práticas penais que se desvela, contemporaneamente, de forma bastante clara, quando comparamos as curvas de crescimento de nossa população carcerária, revelando a faceta mais escancarada de nossas práticas penais, com os números

da violência em nosso país, que se superam ano após ano, censo após censo. Os 61.283 homicídios cometidos no Brasil no ano de 2016, concomitantemente ao atingimento da cifra de 726.712 presos no mesmo ano, são a prova irrefutável da total irracionalidade de nossas políticas públicas de enfrentamento do fenômeno da criminalidade. Há uma relação diretamente proporcional entre o aumento da criminalidade e o aumento de encarcerados, o que demonstra, estatisticamente, a falência total de nossas práticas penais e a debilidade dos discursos preventivos de justificação do sistema.

Um dos grandes desafios que se coloca diante de um quadro conjuntural em que a violência, em suas múltiplas facetas, não tem cedido terreno, mas, muito pelo contrário, tem ganhado mais e mais território em nossa sociedade, seja mudarmos nosso lugar de observação e a nossa própria visão sobreo fenômeno da violência, abandonando a exclusividade das lentes subjetivistas/individualistas e migrando para uma perspectiva que, não abandonando nossa percepção da violência direta, visível, suas causas e motivos, mas também acentuando nossa compreensão acerca de condições objetivas (estruturais, sistêmicas) determinantes das múltiplas tipologias da violência.

Há um sistema mundial de comunicação-dominação cujo conteúdo de suas comunicações são fundamentalmente patriarcais e heterossexuais. Notadamente, por uma vontade de poder incontrolável, homens adultos, via de regra heterossexuais, dominaram a sociedade planetária, ocupando os espaços de poder e submetendo todas as demais parcelas de seres humanos a vulnerabilidades e violações insuportáveis. Tais estados de dominação desequilibraram de tal forma a configuração de convivência entre os seres humanos que, ao longo do século passado, as reações de mulheres, homossexuais e outros sacrificados por esses dominadores foram circunstancialmente inevitáveis.

Há um inconsciente, agora já nem tão inconsciente assim, patriarcal, masculino e heterossexual, que funciona mediante um sistema de comunicações praticamente silencioso, mas avassaladoramente eficaz na estruturação e dinâmica dos processos de dominação das mulheres pelos homens e de homossexuais por heterossexuais. Ainda que praticamente estejam erradicadas das democracias ocidentais contemporâneas quaisquer espécies de dispositivos que permitam a legitimação de ações discriminatórias explícitas contra as mulheres, e ainda que haja, na superfície, a configuração de um cenário, pelo menos no plano normativo, de uma total igualdade de gênero, essas perspectivas, se não aprofundadas, revelam um olhar absolutamente ingênuo, pois as injustiças e desigualdades permanecem inescrupulosamente presentes em nossas sociedades ocidentais ditas democráticas. Em outras palavras, embora tenhamos evoluído em termos de positivação normativa de uma quantidade significativa de dispositivos contra majoritários voltados à proteção dos dominados e violentados, as

comunicações do sistema patriarcal não foram interrompidas, continuando a atuar fortemente nos processos de dominação e violência.

Não há qualquer dúvida em afirmarmos que há placas tectônicas poderosíssimas e silenciosas, cujo movimento é determinado pela diferenciação de gênero, e ainda que na superfície não percebamos, pelo menos no ocidente, terremotos discriminatórios de alta magnitude sismológica, permanece um lento movimento de continentes territoriais, determinados por essas placas patriarcais e heterossexuais que determinam a importância dos papéis e posições segundo preferências de gênero e sexualidade, a partir de uma visão de mundo masculina.

Há um inconsciente patriarcal diluído numa normalidade supostamente igualitária, como bem nos mostra Mackinnon, ao dizer que:

> Virtualmente toda qualidade que distingue os homens das mulheres já é afirmativamente compensada nesta sociedade. A fisiologia dos homens define a maioria dos esportes, suas necessidades definem a cobertura dos seguros de automóveis e de saúde, suas biografias projetadas para o social definem as expectativas de local de trabalho e padrões bem-sucedidos de carreira, suas perspectivas e interesses definem a qualidade no trabalho acadêmico, suas expectativas e obsessões definem o mérito, sua objetificação da vida define a arte, seu serviço militar define a cidadania, sua presença define a família, sua incapacidade de se darem bem uns com os outros – suas guerras e governos – definem a história, sua imagem define Deus e seus órgãos genitais definem o sexo. Para cada uma das diferenças ante a mulher, está em vigor o que equivale a um plano de ação afirmativa, conhecido, de outra maneira, como a estrutura e os valores da sociedade americana (MACKINNON, 1987, p. 36).

Disso, o que se percebe, epidermicamente, é uma neutralidade quanto ao gênero, no sentido de que as mulheres estão numa posição de igualdade em relação aos homens, ou os homossexuais em relação aos heterossexuais, não estando excluídos em suas buscas por bens sociais valiosos. Entretanto, adensando a análise, é possível visualizar e entender que o que está sendo buscado de maneira neutra quanto ao gênero é totalmente parcializado, direcionado, se levarmos em conta a preponderância profunda, silenciosa, inconsciente e eficaz dos interesses e valores patriarcais. Fazendo nossas as palavras de Kymlicka: "as mulheres estão em desvantagem não porque os chauvinistas favorecem os homens arbitrariamente na concessão de trabalhos, mas porque a sociedade inteira favorece sistematicamente os homens ao definir trabalhos, méritos etc." (KYMLICKA, 2006, p. 310).

A consequência disso é um sistema simbólico de identificações culturais no qual a masculinidade é associada com a obtenção de renda, e a feminilidade é definida em função de serviços sexuais e domésticos para os homens e para a

criação de filhos. Essas situações de dominação não podem ser compreendidas em toda a sua espessura desde aproximações subjetivistas. Elas são amplamente objetivas, pois os homens, como grupos, exercem um fortíssimo controle sobre as possibilidades existenciais das mulheres.

Nesse quadro de dominação, vamos encontrar, na posição de dominadores, tanto homens brancos europeus quanto homens negros africanos; vamos presenciar não só a dominação patriarcal comum a países árabes, mas também presente no extremo oriente; presenciaremos, no mundo contemporâneo, estados de dominação patriarcal com justificação religiosa não só por cristãos americanos e europeus, mas também por muçulmanos e hindus da metade oriental do planeta.

A gravidade dos estados de dominação impostos pelas comunicações patriarcais-heterossexuais é tão significativa que ainda hoje testemunhamos as mulheres em posição de inferioridade social, econômica e política em praticamente todos os países do mundo. O peso da subjugação masculina é tão grande que mulheres que mantêm relações sexuais fora do contrato matrimonial, ou mesmo após a morte do marido, são condenadas judicialmente por adultério e mortas por apedrejamento em países em que há vinculação entre a religião e o Estado, notadamente islâmicos ortodoxos. A opressão, nesse aspecto, ainda é tão intensa que a homossexualidade permanece sendo considerada crime em um razoável número de países, sendo previstas penas até mesmo de morte.

Assim sendo, cabe a nós, juristas, o imenso desafio de achar alternativas fora de nossas zonas normativas de conforto, com base simplesmente em mecanismos repressivos dirigidos aos autores dos eventos de violências. Nisso, o direito fraterno parece ser uma importante alternativa a ser examinada mais detidamente e explorada de forma mais efetiva. Se o princípio da igualdade ainda não é suficiente para criar condições normativas de equalização das condições fáticas envolvendo os distintos grupos com buscas identitárias a partir do gênero e da sexualidade, quiçá tenhamos que pensar em como institucionalizar juridicamente a célebre frase de Aristóteles: "Quando as pessoas são amigas não têm necessidade de justiça, enquanto mesmo são justas elas necessitam de amizade; considera-se que a mais autêntica forma de justiça é uma disposição amistosa"(ARISTÓTELES, 2011, p. 153-154).

O DIREITO FRATERNO COMO ALTERNATIVA A UMA VISÃO SUBJETIVISTA DOS CONFLITOS DE GÊNERO: POR UM LUGAR-COMUM PARA TODAS

Nas sociedades primitivas, tem-se um Direito carismático, que se revela pelos profetas na interpretação da vontade de um Deus, não existindo, portanto, o conceito de normas objetivas, predominando os usos e costumes. Por sua vez,

o Direito tradicional tem a lei imposta por poderes seculares ou teocráticos, não sendo baseado em princípios legais universalistas, o que somente se alcança com o Direito natural.

Tem-se, desse modo, o Direito natural, no qual os indivíduos, em princípio, livres e iguais, estabelecem, por contrato, um determinado modelo de elaboração e justificação das normas. Na sequência, inaugura-se o Direito Moderno baseado em princípios, na lei e na administração especializada da justiça. A crença na lei comum a todos e acima dos particulares perdurou por séculos, permitindo elaborar, nos séculos XVII e XVIII, uma doutrina de Direito e de Estado concebida no individualismo da sociedade e da História, características do mundo moderno.

Passa-se a considerar o Estado fonte central de todo o Direito, cuja lei é sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente. Em uma sociedade dividida por estratos sociais diferenciados, a relação entre Direito e Ordem pode representar interesses concretos, geralmente de grupos ou classes dominantes, expressando o controle social, a dominação política, a exclusão cultural, a coerção e a sujeição ideológica. Somente com a Declaração de Virgínia (1777) e a Declaração Francesa (1789), inverte-se a relação tradicional de direitos dos governantes e deveres dos súditos, passando-se para o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, e o Estado sendo obrigado a garanti-los (VIEIRA, 2004).

Nesse contexto histórico, insere-se a mulher enquanto indivíduo, vítima da opressão e discriminação decorrentes da cultura patriarcal, e cidadã, membro de uma comunidade política, também impedida do exercício dos direitos de cidadania. Nessa luta por reconhecimento, destacam-se a seguir os avanços alcançados para sua proteção na legislação brasileira.

O Brasil registra sua história de legislação penal referente aos crimes sexuais em três fases: período colonial, imperial e republicano. Tem-se que, nas Ordenações Filipinas, punia-se com pena de morte "todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro por seu corpo, ou seja, escrava, morra por ello" (FAYET, 2011, p. 25). Na sequência, tem-se o Código Criminal do Império, com influências romanas, que elencava como bem jurídico a honra, razão pela qual o delito de estupro caracteriza-se por "ter cópula por meio de violência, ou ameaças com qualquer mulher honesta", aplicando-se pena de prisão de 3 a 12 anos, e de dotar a mulher ofendida. Se a mulher fosse prostituta, no entanto, a pena restringia-se à prisão de 1 mês a 2 anos. O Código Criminal da República, na sequência, trouxe a tipificação do estupro para segurança da honra e da honestidade das famílias, cuja redação era: "estuprar mulher virgem ou não, mas honesta", tinha pena prevista de 1 a 6 anos, enquanto à mulher fazia-se o juízo público de valor de sua honestidade, à qual cabia prová-la (FAYET, 2011, p. 26-32).

O Código Penal de 1940, vigente até o presente momento, elencou o crime de estupro no artigo 213, cuja redação original consistia em constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. A referida legislação inseriu o delito de estupro no Título *Dos Crimes contra os Costumes*, cujo significado remete a uma concepção patriarcal, caracterizada por relações de dominação e sujeição da mulher, protegendo tão somente a mulher honesta, razão pela qual os atributos pessoais, morais e o comportamento na esfera privada determinavam o enquadramento legal (MARQUES JUNIOR, 2009). O reconhecimento da mulher enquanto vítima do crime de estupro dependia da conduta moral, do estado civil, da condição social e da situação corporal da mulher, exigindo, necessariamente, a verificação de requisitos subjetivos da sua vida, ou seja, era relevante aferir se a mulher era prostituta, casada, solteira ou viúva, se era virgem e, ainda, se seu comportamento se enquadrava em uma vida licenciosa.

Com a Constituição Federal de 1988, comprometida em garantir o respeito inarredável da dignidade humana, a formulação de uma nova concepção de objeto jurídico do crime, atendendo à dignidade da pessoa, à liberdade de autodeterminação sexual da vítima e a sua preservação nos aspectos psicológico, moral e físico, fortaleceu-se a defesa da proteção à pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Nessa ótica, insere-se a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou o Título VI do Código Penal, modificando o bem jurídico para dignidade sexual, protegendo a dignidade da pessoa humana, sob o enfoque sexual, e os direitos a ela inerentes, quais sejam sua liberdade, sua integridade física, sua vida e sua honra (ANGELIN; COLET GIMENEZ, 2017).

Em 22 de setembro de 2006, entrou em vigor a Lei n. 11.340, denominada Maria da Penha, cumprindo o Brasil compromissos assumidos internacionalmente, eis que revelava na época 90% dos casos de violência doméstica com arquivamento ou transação penal, corroborando com a reincidência e o agravamento do crime. Passou a mulher, portanto, a dispor de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar da qual era vítima (DIAS, 2010).

A referida lei estabeleceu a proteção da mulher em face de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial praticado no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Estabelece, ainda, medidas integradas de prevenção, assistência à mulher e a adoção de medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2006).

Após mais de dez anos de vigência da Lei, observa-se uma lacuna sobre sua efetividade para dissuadir a violência doméstica. Por outro lado, aponta-se que provocou mudança no comportamento de agressores e vítimas pelo aumento do custo da pena para o agressor, pelo aumento do empoderamento e das condições de segurança para que a vítima denuncie, e pelo aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais, possibilitando ao sistema de justiça criminal que atendesse, de forma mais efetiva, os casos envolvendo violência doméstica. Nesse sentido, o Instituto de Pesquisa Econômica Avançada – IPEA realizou um estudo sobre a efetividade da Lei Maria da Penha, cujos resultados indicam a redução de aproximadamente 10% da taxa de homicídio contra as mulheres dentro das residências. No entanto, a efetividade não se deu de maneira uniforme no país em razão dos diferentes graus de institucionalização dos serviços protetivos à mulher no território nacional (BRASIL, 2015).

Em decorrência disso, a Lei n. 13.104/2015 alterou o artigo 121 do Código Penal, inserindo o inciso VI no § 2º, que reconhece como qualificadora do crime de homicídio quando ele é praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino. Adiciona, ainda, que tais razões se verificam na violência doméstica e familiar, bem como no menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015). O feminicídio restou, portanto, punido pela legislação penal pátria a partir de 2015.

Consoante a pesquisa anteriormente mencionada revela, embora registrado o avanço na proteção da mulher com a Lei n. 11.340/2006, observa-se a cultura patriarcal opressora ainda enraizada na sociedade e na produção de leis no país, tornando-se obstáculo para a efetivação de direitos de cidadania das mulheres. Retrata-se essa realidade no Projeto de Lei que cria o Estatuto do Nascituro, rechaçando a autonomia dos corpos femininos, além de criminalizar, considerando crime hediondo, qualquer tipo de interrupção voluntária da gravidez, vedando-se, inclusive, os casos permitidos pela lei penal brasileira, ou seja, diante de perigo de morte da mãe, gravidez resultante de estupro e no caso de anencefalia.

Igualmente, o projeto prevê um auxílio financeiro para as mulheres vítimas de estupro, denominado *Bolsa Estupro*, determinando a manutenção da gestação e o contato com o seu agressor, eis que, sendo identificado, além do exercício do poder familiar, fica obrigado a pagar pensão alimentícia (ANGELIN, 2015). A proposta, por si só, representa um retrocesso político, social e cultural ao país, negando às mulheres direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Destaca-se, igualmente, o Código Civil brasileiro que vigorou até 2003, o qual definia o conceito de *mulher honesta*, bem como previa a possibilidade de *devolução* da mulher a sua família, quando o marido, após o casamento, constatasse que sua noiva não era mais virgem, o que revela a equiparação da mulher a um bem material móvel, passível de devolução mediante a constatação de que se

encontra *avariado* (BRASIL, 2016). Ainda, tem-se a previsão no artigo 107 do Código Penal brasileiro, revogado pela Lei n. 11.106/2005, da absolvição do estuprador caso contraísse matrimônio com a vítima ou diante do casamento dela com um terceiro[3].

Como demonstrado, o direito de exercício de violência contra as mulheres é uma herança de leis antigas e de práticas sociais amplamente aprovadas no passado, cujos reflexos perduram na legislação pátria e na sociedade contemporânea, autorizando, ainda na contemporaneidade, *condições* que possibilitam a existência generalizada desse tipo de violência. Visualiza-se o avanço de ações na defesa da mulher individualmente, mas, no entanto, ainda carecem as mulheres de conscientização e reconhecimento do grupo, consoante ilustram diariamente as manifestações no espaço virtual contendo ofensas, censuras e discursos de ódio contra o reconhecimento do espaço e dos direitos da mulher.

Os direitos humanos das mulheres brasileiras, conquistados a partir de movimentos feministas e de mulheres, encontram-se constantemente em risco. A violência contra a mulher ainda está naturalizada, continuada e cíclica, revelando-se nos índices oficiais de mortes e lesões corporais, por exemplo, mas presente nas cifras ocultas que envolvem a violência moral e psicológica, exemplo da crítica pela roupa ou a refeição não estar servida, quando o agressor exerce poder e domínio sobre a mulher.

Como mencionado, a positivação de direitos humanos às mulheres, no caso a proteção jurídica contra a prática de toda e qualquer violência, evoluiu significativamente, porém não garante, por si só, a proteção almejada. Defende-se, portanto, o modelo de sociedade civil democrática na qual os cidadãos que a habitam não sejam consumidores dos serviços do Estado, mas defensores de direitos individuais e coletivos. O avanço requer cidadãos democráticos ativos, responsáveis, membros comprometidos de grupos e comunidade, dispostos a explorar um lugar que seja realmente para todos, compartilhado por todos (BARBER, 2000).

Insere-se, nesse contexto, o Direito Fraterno, para repropor a tentativa de pensar o direito em relação à *civitas maximas*, e não em relação às pequenas pátrias dos Estados, coincidindo com o espaço de reflexão ligado aos Direitos Humanos, consciente de que a humanidade é o lugar-comum e somente em seu interior podem ser pensados o reconhecimento e a tutela. "Os Direitos Humanos

---

[3] Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração.

são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade" (RESTA, 2004, p. 13).

Tem-se, desse modo, que o Direito Fraterno se apresenta como o meio pelo qual pode crescer um processo de autorresponsabilização, desde que o reconhecimento do compartilhamento se liberte da rivalidade destrutiva típica do modelo vigente irmãos-inimigos, cujos reflexos se visualizam na perpetuação da discriminação e opressão às mulheres. Como mencionado na seção anterior, os movimentos sociais testemunham a vitalidade de uma concepção emergente de Direitos Humanos a nível mundial, mais atenta às práticas cotidianas em que se satisfazem necessidades básicas, sejam elas materiais, efetivas e expressivas, cuja satisfação confere a todos um sentido e um lugar no mundo, em um mundo de cidadãos (SOUSA SANTOS, 2013).

A concepção dos Direitos Humanos das mulheres requer a tomada de posição e o agrupamento em favor de um destino comum. Exige, portanto, o reconhecimento do amigo da humanidade, o qual "endereça sua amizade a uma ideia, um projeto, no qual conta o respeito por qualquer outro, e, assim, por si mesmo. A amizade pela humanidade é sensibilidade estética [...], mas é, sobretudo, dever e responsabilidade [...]" (RESTA, 2004, p. 40). Trata-se da amizade pela humanidade, alicerçada na superação das ambivalências emotivas e na escolha do universalismo para a sobrevivência do todo. O amigo da humanidade compartilha o sentido da humanidade, sentindo-se parte dela, sem negar a existência do inimigo. Ao contrário, assume inteiramente o seu problema, não o seu descarte ou, ainda, sem colocá-lo à margem.

A importância da fraternidade reside no desempenho de um papel político na interpretação e na transformação do mundo real, revelando um valor heurístico e uma eficácia prática. Se eliminada no cenário social, a fraternidade pode ser resgatada como meio de possibilitar o reconhecimento do outro e de sua alteridade.

O vocábulo fraternidade, de origem do latim *frater*, significa irmão, cujas derivações são: *fraternitas, fraternitatis*e *fraternitate. É um substantivo feminin*o, cujo significado é apresentado em quatro sentidos: por parentesco de irmãos ou irmãs;união fraternal; amor ao próximo; e boa inteligência entre os homens, harmonia. Dos significados obtidos, vislumbra-se a fraternidade como um bom e harmônico convívio entre os seres humanos, na união de ideias e esforços e na boa convivência em comunidade. "Daí inicia-se uma primeira ideia do que venha a ser o Direito Fraterno: é um direito que é para todos e que é aceito e/ou proposto por todos" (STURZA; MARTINI, 2016, p. 995).

Uma sociedade fraterna aposta na própria humanidade, que se volta para a existência de um bem comum, pois "ele não se fundamenta em um *ethnos* que

inclui e exclui, mas em uma *comunidade*, na qual as pessoas compartilham sem diferenças, porque respeitam todas as diferenças" (STURZA; MARTINI, 2016, p. 996). Trata-se o Direito Fraterno de um direito jurado em conjunto por irmãos, homens e mulheres, que, em união, convencionam as regras basilares de sua convivência. Para tanto, a linguagem jurídica precisa estar ao alcance de todos, isto é, pertencer a todos (RESTA, 2004).

O Direito, fundamentado na fraternidade, revela-se um mecanismo de promoção dos direitos humanos, cujo objeto é o lugar-comum, assentado na amizade, na ruptura da busca pela identidade e no pacto pela paz. Ademais, não acredita na violência legítima, destitui o código dual do amigo-inimigo e acredita na jurisdição mínima e na adoção de meios menos violentos de tratamento de conflitos. "O Direito Fraterno busca resgatar um certo iluminismo, centrado na fraternidade. Esta nova proposta, na verdade, aponta para uma nova 'luz', uma nova possibilidade de integração entre povos e nações, integração esta fundamentada no cosmopolitismo, onde as necessidades vitais são suprimidas pelo pacto jurado conjuntamente" (STURZA; ROCHA, 2016).

Assim, "a amizade reaparece nos sistemas sociais como diferença entre interação de identidades individuais, que se escolhem e orientam a comunicação voluntariamente, e as relações burocráticas e heterodirecionadas dos mecanismos dos grandes sistemas funcionais" (RESTA, 2004, p. 31). Da guerra somente advêm o vazio do luto e a elaboração da dor. Nesse sentido, verifica-se que ser amigo da humanidade é participar dos destinos dos homens movido por uma ideia, ter respeito por qualquer outro e por si mesmo, possuir sensibilidade, dever e responsabilidade, visto que a humanidade é termo inclusivo, é o lugar-comum das diferenças, pois contém, ao mesmo tempo, amizade e inimizade.

O olhar de Resta é, antes de tudo, um olhar para os direitos humanos. Não há espaço para etnocentrismo e, por isso, o Direito Fraterno é cosmopolita (pois reporta ao cósmico, ao valor universal dos direitos humanos, e não à lógica mercantilista). Não é violento, pois se pauta na mediação (ideia de jurisdição mínima). É inclusivo, visto que escolhe os direitos fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado, onde todos podem gozar, e não somente uma minoria (RESTA, 2004).

A Lei da Violência Doméstica, as alterações na legislação penal no tocante ao estupro e na qualificadora do crime de homicídio são marcos importantes na conquista para as mulheres. No entanto, são individualistas e não contribuem suficientemente na solução coletiva do problema da violência e da opressão à mulher, carecendo o cenário nacional de políticas que fomentem a mudança cultural no paradigma das relações humanas. A metateoria do Direito Fraterno, nesse contexto, possibilita novas perspectivas para a sociedade pós-moderna, utilizando a fraternidade como elo das relações sociais na defesa dos Direitos

Humanos e da humanidade como lugar-comum. Fomenta, assim, um novo olhar para os Direitos Humanos da mulher, compartilhando o desafio enfrentado pelos movimentos sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em matéria de compreensão do fenômeno da violência, e, mais especificamente em relação à violência de gênero, o que temos percebido e considerado relevante nos planos teórico e pragmático de nossas institucionalizações jurídicas decorre de uma compreensão/representação hegemônica da violência subjetiva, materializada pelos indivíduos atomizados, ao mesmo tempo que desconsideramos quase completamente as manifestações de violência objetiva, sistêmica, que determinam silenciosamente a ação dos indivíduos sem que estes tenham, em muitos casos, qualquer monitoração reflexiva sobre elas. É o caso, por exemplo, da *feminização da pobreza*, fenômeno que constitui uma expressão da desigualdade estrutural, recorrente em países centrais e periféricos, que casualmente afeta mais as mulheres que os homens. Da mesma forma, as violações massivas de mulheres posteriores às contendas bélicas, sem importar as idades, põem em evidência vinganças exemplificadoras daqueles que detêm o poder tanto ante os próprios homens vencidos como ante suas companheiras.

Ao perceber somente a violência subjetiva, dos indivíduos, somente a ela atribui-se a potencialidade de rupturas de padrões éticos, enquanto à violência objetiva imputamos um caráter de normalidade ética. A hiperacentuação equivocada numa compreensão subjetivista-individualista da violência tem levado a uma cadeia de equívocos no processo de monitoração reflexiva e racionalização de nossas políticas de proteção à mulher e outros grupos cuja identidade possui fortes elementos ligados a questões de gênero e sexualidade, como os LGBTs, cujos resultados em termos de políticas públicas preventivas e repressivas têm sido desastrosos.

Tendo em conta toda a complexidade do acontecimento da violência de gênero e das reações institucionais a esses fenômenos, no caso brasileiro, que hoje guarda uma posição única no cenário mundial em termos de agressões a mulheres e homossexuais, comparável, pelo menos em termos numéricos, a muito poucos países no mundo, um dos poucos aspectos que emerge de forma bastante clara num emaranhado de explicações e ações é o fato de que a monitoração reflexiva dessa totalidade fenomênica, pelo conjunto de pessoas e grupos envolvidos na construção de soluções institucionais, tem sido consideravelmente deficiente, pois as consequências das práticas penais hoje adotadas no Brasil têm sido decepcionantes, para não dizer trágicas ou desesperadoras.

O desprezo das condições objetivas de causação da violência de gênero tem custado muito caro. Vidas e vidas são perdidas ou marcadas por traumas irre-

cuperáveis em razão das agressões diárias que essas parcelas da população vêm sofrendo incessantemente. A positivação do princípio da igualdade nas Constituições e legislações infraconstitucionais e a edição de leis com estratégias jurídicas sancionatórias de caráter meramente individual não têm sido suficientes para barrar manifestações de violência que, pelas tipologias antes expostas, têm causas muito mais profundas e delicadas do que as que são identificadas nas violências subjetivas, diretas ou de todo dia.

Conhecer mais profundamente as tipologias das distintas manifestações de violência e suas causas é uma condição incontornável para podermos pensar em novas institucionalizações dentro do marco estrutural-normativo do Estado Democrático de Direito, e, nesse sentido, a ideia de Direito Fraterno parece-nos ser uma proposta importante que merece ser analisada e investigada cada vez mais proximamente, a fim de que possamos mudar o sentido do paradigma de direito da modernidade, que, cada vez mais, mostra seus sinais de esgotamento.

REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela. Direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres: avanços e desafios na construção da democracia. *Coisas do Gênero.* São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 182-198, jul./dez. 2015.

ANGELIN, Rosângela; COLET GIMENEZ, Charlise Paula. O conflito entre direitos humanos, cultura e religião sob a perspectiva do estupro contra mulheres no Brasil. *Revista Direito em Debate*, v. 26, n. 47, p. 242-266, set. 2017.

ARISTÓTELES. Ética à *Nicômaco.* 4. ed. Brasília: UnB, 2001.

BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARBER, Benjamin R. *Un lugar para todos:* cómo fortalecer la democracia y la sociedad civil. Barcelona: Paidós, 2000.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. *In*: BENJAMIN, W.; GAGNEBIN, Jeanne Marie (org.). *Escritos sobre mito e linguagem*.Tradução de Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011. p. 121-156.

BÍBLIA SAGRADA, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: UnB, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia.* São Paulo: Brasiliense, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURGOIS, Philippe. The power of violence in war and peace Post-Cold War lessons from El Salvador. *Etnography*, San Francisco, University of California, v. 2, issue 1, p. 5-34, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 236/2012. Dispõe sobre a reforma do Código Penal Brasileiro. Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 478/2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/-proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao-=345103. Acesso em: 24 jul. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 618/2015. Acrescenta o art. 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Ligue 180 Central de Atendimento à Mulher. Balanço 1º semestre de 2016. Brasília, 2016.

BRASIL. Ministério do Planejamento. IPEA. Avaliando a Efetividades da Lei Maria da Penha. Brasília, março de 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048k.pdf. Acesso em: 19 fev. 2018.

BRASIL. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Brasília, 2011. p. 19.

CHEJTER, Silvia. *Nudos críticos en las políticas públicas contra la violencia y las políticas de salud en Argentina:* violencia, sexualidad, reproducción –tensiones políticas, éticas y jurídicas. Buenos Aires: CECYM, 2007.

CRETTIEZ, Xavier. *Las formas de la violencia*. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESPINAR RUIZ, Eva. *Violencia de género y processos de empobrecimento*. Tese doutoral. Alicante: Universidad de Alicante. Departamento de Sociología II, 2004.

ESPINAR RUIZ, Eva; MATEO PÉREZ, Miguel Angel. Violencia de género: reflexiones conceptuales y derivaciones prácticas. *Papers. Revista de Sociología*, n. 86, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 189-201.

FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GALTUNG, Johan. *Investigaciones teóricas:* sociedad y cultura contemporáneas. Madrid: Tecnos, 1995.

GRUPO DAVIDA. Prostitutas, "traficadas" e pânicos morais: uma análise da produção de fatos em pesquisas sobre o "tráfico de seres humanos". *Cadernos Pagú,* n.25, p.153-184, jul./dez. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332005000200007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 5 mai. 2019.

HERITIER, Françoise. *Masculin/féminin:* la pensée de la différence. Paris: Odile Jacob, 1996.

INFOPEN. Relatório Nacional de Informações Penitenciárias. 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 18 jun. 2018.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*2. ed. São Paulo: Loyola, 1991.

MACKINNON, Catherine. *Feminism unmodified*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MARQUES JUNIOR, Gessé. *Estupro:* uma interpretação sociológica da violência no cárcere. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTÍN FERRANDIZ, Francisco; FEIXA PAMPOLS, Carles. Una mirada antropológica sobre las violencias. *Alteridades*, v. 14, México, D.F., Universidad Autónoma Metropolitana, p. 159-174, enero-julio.

MOORE, Henrietta. *Antropología y feminismo*. 2. ed. Madrid: Cátedra Universidad de Valencia e Instituto de la Mujer, 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Informe Mundial sobre a Violência e a Saúde. *Declaração contra a violência dirigida às mulheres*. Washington: OMS, 1993.

RESTA, Eligio. *Direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROSALDO, Michelle. Mujer, cultura y sociedad: una visión teórica. *In:* MARTIN, M. K.; VOORHIES, B. (org.). *La mujer:* un enfoque antropológico. Barcelona: Anagrama, 1978.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. *Educação e realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Direitos humanos na pós-modernidade*: a gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2013.

STURZA, Janaina Machado; MARTINI, Sandra Regina. As dimensões da sociedade através da metateoria do direito fraterno: um espaço para a análise do direito à saúde. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*. v. 2, n. 2, Curitiba, p. 990-1008, jul./dez. 2016.

STURZA, Janaina Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. *Direito e fraternidade:* paradigmas para a construção de uma nova sociedade. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=601c6bc71c748001. Acesso em: 23 set. 2016.

VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade complexa e o direito fraterno. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Org. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha [et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2007.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. São Paulo: Record, 2004.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014.

ŽIŽEK, *Slavoj. O violento silêncio de um começo. In:* HARVEY, David, *et. al. Occupy:* movimentos de protesto que tomaram as ruas. Tradução João Alexandre Peschanski*et. al*. São Paulo: Boitempo, Carta Maior, 2012. p. 15-25.

Data de recebimento: 23/06/2018

Data de aprovação: 23/04/2019

DIREITO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INTEGRAÇÃO REGIONAL: A ATUAÇÃO DO FOCEM NA CONSECUÇÃO DO MERCOSUL HUMANO E SOCIAL

RIGHT, ECONOMIC DEVELOPMENT AND REGIONAL INTEGRATION: A FOCEM ON THE IMPLEMENTATION OF HUMAN AND SOCIAL MERCOSUL

Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers*
Luís Alexandre Carta Winter**
Marco Antônio César Villatore***

RESUMO

O presente trabalho visa relacionar os conceitos de direito ao desenvolvimento econômico e a integração regional no âmbito do Mercosul, mormente em seu viés humano e social. O objeto de estudo recai principal-

* Advogada. Professora e Coordenadora do Curso de Direito do Campus Rio Negrinho da Universidade do Contestado. Doutoranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas e Especialista em Direito Internacional pela mesma instituição. Membro da Comissão do Pacto Global da ONU da OAB/PR. Pesquisadora do NEADI – Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional da PUCPR. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Desenvolvimento da UNC. E-mail: amandacbeckers@gmail.com.

** Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984), Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988), Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001) e Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.Coordenador do NEADI (www.neadi.com.br). Membro de Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná. E-mail: lacwad@gmail.com.

*** Advogado. Pós-Doutor pela Universitá degli Studi di Roma. Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale – Università degli Studi di Romarevalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Professor da UFSC. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná (2009-2011). Professor do UNINTER. Professor Adjunto III da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia brasileira de Direito do Trabalho. Diretor Cultural e Ex-Diretor Administrativo e Ex--Conselheiro Geral do Instituto dos Advogados do Paraná. E-mail: prof.villatore@gmail.com.

mente sobre o Focem – Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul e a implementação de projetos na área humana e social do bloco. A presente pesquisa teve base dedutiva, eis que partiu da análise geral dos objetos de estudo em questão para o estudo específico do tema em análise, qual seja a atuação do Focem para a consecução do Mercosul humano e social. O instrumento central da pesquisa foi de caráter teórico e documental, já que o estudo teve como bases legislação internacional e documentos institucionais do bloco econômico, tais como regulamentações internas e projetos da área.

Palavras-chave: Direito; Desenvolvimento econômico; Integração regional; Mercosul; Focem.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the concepts of the right to economic development and regional integration within Mercosur, especially in its human and social bias. For this, the object of study is mainly the Focem – Mercosur Structural Convergence Fund and the implementation of projects in the human and social area of the bloc. The methodology, the present research was based on a deductive basis. From the general analysis of the objects of study in question, what are the right to development, regional integration within Mercosur, for the specific study of the subject under analysis, which whether it is Focem's role in achieving the human and social Mercosur. The central instrument of the research was theoretical and documentary, since the study was based on international legislation and institutional documents of the economic block, such as internal regulations and projects of the area.

Keywords: Law; Economic development; Regional integration; Mercosur; Focem.

INTRODUÇÃO

O abalo na conjuntura global decorrente da Segunda Guerra Mundial trouxe mudanças irreversíveis na temática da proteção aos Direitos Humanos. A crescente preocupação com a salvaguarda internacional dos Direitos Humanos remonta ao Pacto da Sociedade das Nações e firmemente à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que trouxe verdadeira transformação no entendimento acerca da necessidade de proteção de tais direitos não somente pelos Estados, mas também pela comunidade internacional.

Paralelamente a tal fenômeno, na América Latina, no período pós-segunda guerra, houve uma nova conjuntura regional, na qual os países do continente intentaram reformular seus processos econômicos a fim de fomentar a industrialização e o crescimento econômico. Das referidas tentativas, em 1960 surgiu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio, a ALALC, cujo objetivo primário era eliminar as barreiras alfandegárias entre os participantes, fomen-

tando a industrialização e a integração regional. Sem o sucesso esperado, o grupo esbarrou na gritante assimetria social entre os países membros, o que dificultava o desenvolvimento econômico, sendo posteriormente substituída pela Aladi – Associação Latino-Americana de Integração, que, na década de 1980, passou a permitir intervenções regionais e bilaterais.

Brasil e Argentina iniciaram um novo processo de integração, visando não somente a quebra de barreiras alfandegárias, mas também a elaboração de uma área de livre comércio, e, posteriormente, uma união aduaneira. Paralelamente, analisando o contexto histórico do pós-Guerra Fria e da queda do Muro de Berlim, a década de 1990 foi de grande otimismo com a ordem mundial vindoura. O pensamento dominante era de que a integração dos mercados traria maior desenvolvimento econômico e social.

Foi neste cenário de mudanças globais e regionais que, em 1991, firmou-se o Tratado de Assunção, instituidor do Mercosul. O referido documento formalizou a criação do bloco econômico sem, contudo, relegar à margem das preocupações dos Estados envolvidos o caráter humano e social, sem o qual não se pode, segundo seu preâmbulo, alcançar a integração regional e o esperado desenvolvimento econômico com justiça social, tampouco melhorar a condição de vida dos cidadãos dos Estados-membros, como preconizava seu texto, o que tem sido desenvolvido a partir do Focem Social.

Assim, diante da importância do Mercosul enquanto bloco econômico – e, ainda, da importância de um bloco econômico voltar-se ao eixo de proteção aos Direitos Humanos; das mudanças estruturais do bloco, com a movimentação política dos membros, e a aproximação de países associados e observadores; e compreendendo que a integração regional só poderá ser alcançada mediante desenvolvimento social e respeito aos Direitos Humanos –, mostra-se de grande relevância o estudo da política de Direitos Humanos do bloco, bem como o estudo dos mecanismos implementados nesta temática.

A pergunta que o presente artigo busca responder é: mais do que um viés econômico, o Focem Social é eficaz como instrumento para o desenvolvimento econômico no contexto de um Mercosul Social, dentro de uma política de direitos humanos? Utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, procura-se responder à questão, trabalhando com a noção do desenvolvimento econômico e integração regional no Mercosul; depois, o conceito e objetivos do Focem, para, finalmente, entrar no Mercosul Social, e, fechando, nas considerações finais, com a resposta almejada.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INTEGRAÇÃO REGIONAL NO MERCOSUL

Não se nega neste trabalho todo o processo de luta pela integração regional anterior ao período pós-guerra. “Simón Bolívar foi o primeiro nos quadrantes

da América Latina a levantar a bandeira da integração. O ideário de formação de uma efetiva identidade comum perpassa os séculos na recente formação histórica americana"[1].

O reordenamento na ordem global, no período pós-Segunda Guerra Mundial, chegou à América Latina como uma onda de reformulação dos processos econômicos. Diante do novo quadro global, vários países latino-americanos iniciaram processos de reformulação de políticas econômicas, no intuito de fomentar a industrialização e o crescimento econômico.

Verifica-se que o motivo primordial de integração entre os Estados – fenômeno que pode se dar por causas diversas, como sociais, políticas, de paz etc. – são, de fato, as razões econômicas. "A integração, embora na maioria dos casos tenha finalidade econômica, é fruto de uma vontade de incorporar-se que se realiza por força da vontade política"[2].

Verifica-se que não se trata somente de integração econômica. "A verdadeira integração deve ter como pilares a democracia, a preocupação com as populações locais, a articulação de atividades econômicas latino-americanas, visando ao crescimento latino-americano sustentável"[3]. O processo de integração regional surge como "alternativa às disputas e conflitos regionais e para reforçar o poder de barganha dos Estados"[4]. Os países envolvidos no processo ganham visibilidade e têm sua "importância relativa majorada no quadro das relações internacionais e diante dos demais blocos econômicos"[5].

Os países buscaram melhorar sua competitividade no mercado mundial perante outros países e mesmo outros blocos econômicos – tida como a principal razão da constituição do Mercosul[6] –, reunindo-se em busca de um objetivo comum, que, para se concretizar, necessita superar as desigualdades entre eles e implementar políticas nas mais diversas áreas[7].

---

1 NIEBUHR, Joel de Menezes. Os princípios jurídicos do Mercosul. *In:* BARRAL, Welber; FRANCESCHINI, Luis Fernando (coord.). *Direito internacional público & integração econômica regional*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 229.

2 GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos:* solução de controvérsias. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 37.

3 DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; PAULA, Mariana Porto de; SECCHERS, Daniela Vieira. Os atores interestatais no desenvolvimento regional e a participação social. *Revista de Direito FGV*, v. 12, n. 3, set./dez. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n3/1808-2432-rdgv-12-03-0776.pdf. Acesso em: 1º maio 2017. p. 799.

4 BARRAL, Welber. Defesa comercial no Mercosul. *In:* BARRAL, Welber; FRANCESCHINI, Luis Fernando (coord.). *Direito internacional público & integração econômica regional*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 167.

5 *Id.*, p. 167.

6 GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos:* solução de controvérsias. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 37.

7 *Id.*, p. 37.

O processo de integração visa principalmente à eliminação das desigualdades, o que se busca em diversas áreas, mediante a implementação de políticas conjuntas entre os países, com objetivo de resultados coletivos, razão pela qual "quanto mais aprofundada a integração, maior será a sua área de abrangência em outras áreas da sociedade, possibilitando que as políticas dos Estados beneficiem a sociedade"[8].

O Mercosul surge com a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, no qual já se vislumbrava, ainda que timidamente, o cunho social da tão almejada integração, tendo o tratado trazido a aceleração do desenvolvimento econômico com justiça social e a necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico com a finalidade de melhorar a condição de vida dos cidadãos dos países membros. O Tratado reunia Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em um objetivo comum integracionista, por meio do qual se objetivava trazer maior desenvolvimento econômico e social à região, possibilitando a criação do sonhado mercado comum.

Advindo desse esforço inicial, a fim de delimitar diretrizes e estratégias, o Protocolo de Ouro Preto reafirmou os princípios e objetivos traçados no Tratado de Assunção e ratificou o compromisso de direcionar uma especial consideração aos países e regiões menos desenvolvidas do Mercosul, conforme se verá adiante.

"O projeto de integração do Mercosul transcende os aspectos exclusivamente comerciais e econômicos, abrangendo crescente número de áreas, tais como nos campos da educação, cultura, ciência e tecnologia etc."[9]. Isso porque "um processo de integração, pela complexidade de suas implicações e consequências, não pode ser unidisciplinar, mas tem de ser enfocado como um todo, e tem sua efetivação passando pelos setores os mais variados"[10], o que reforça a ideia da necessidade de aprimoramento dos fatores sociais, humanos, políticos e econômicos para o sucesso do projeto integracionista.

Nesse contexto, "funda-se o Mercosul como uma resposta aos processos de integração que estavam a ocorrer em diversas regiões do mundo – tendo em conta a evolução os acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos"[11].

---

8 *Id.*, p. 37.

9 CASELLA, Paulo B. *Mercosul:* exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico. São Paulo: LTr, 1996. p. 30.

10 CASELLA, Paulo de Borba. Quais os fins da integração regional no Mercosul? *In:* VENTURA, Deisy de Freitas Lima (ed.). *América Latina:* cidadania, desenvolvimento e estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 52.

11 ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. *In:* BARRAL, Welber; FRANCESCHINI, Luis Fernando (coord.). *Direito internacional público & integração econômica regional*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 167.

A nova etapa do processo de integração levou em consideração a heterogeneidade da região, estabelecendo regras diferenciadas de investimentos, a fim de possibilitar o desenvolvimento de todos os membros, diminuindo assimetrias, com o fito de efetivar a almejada integração regional e a formação do mercado comum latino-americano[12].

O aspecto político é de suma importância no processo, uma vez que promove a união dos países, em "conjunto com a finalidade da obtenção de um maior desenvolvimento, quer sob o aspecto econômico, quer sob o social, quer cultural etc."[13] É dessa necessidade de integração política que se funda o Mercosul[14] político, preocupado com os Direitos Humanos e as questões sociais, que se pretende abordar neste trabalho.

Desde o início da criação do bloco, as demandas sociais e de Direitos Humanos foram aflorando e sendo reconhecidas como pontos estratégicos para a integração regional.

FOCEM – FUNDO DE CONVERGÊNCIA ESTRUTURAL DO MERCOSUL

O chamado Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul – Focem, em operação desde 2007, foi criado pela Decisão n. 45/04 do Conselho do Mercado Comum, cujos preceitos são:

> CONSIDERANDO: A importância de aprofundar o processo de integração no MERCOSUL, a partir de interesses e perspectivas comuns;
>
> A necessidade de criar um Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL destinado a promover a competitividade e a coesão social dos Estados Partes, reduzir as assimetrias – em particular dos países e regiões menos desenvolvidas – em conformidade com a Decisão CMC Nº 27/03 e outras decisões pertinentes impulsionar a convergência estrutural no MERCOSUL e fortalecer a estrutura institucional do processo de integração;

---

12 ALADI. Associação Latino Americana de Integração. Disponível em: http://www.aladi.org/nsfaladi/preguntasfrecuentes.nsf/009c98144e0151fb03256ebe005e795d/cf2ded02ef8e4a6c03256ed100613e5d?OpenDocument. Acesso em: 1º mar. 2017.

13 GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos:* solução de controvérsias. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 37.

14 "Porque lo mejor que el Mercosur puede darle al mundo en esta crisis civilizatoria es mostrar una región del planeta en la cual la inclusión, la paz, el respeto a la diversidad, el respeto al derecho internacional y al Estado de derecho, a los derechos humanos, así como el rechazo a cualquier forma de dominación, abuse y neocolonialismo, son posibles. Este Mercosur sólo puede construirse con mayor participación popular" (VÁZQUEZ, Mariana. La integración regional como proyecto estratégico y la participación popular. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014. p. 28).

> O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE:
>
> Art. 1 – Estabelecer o Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (adiante FOCEM), destinado a financiar programas para promover a convergência estrutural, desenvolver a competitividade e promover a coesão social, em particular das economias menores e regiões menos desenvolvidas; apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração.

Verifica-se que, já em sua criação, restava claro seu objetivo de promover a convergência estrutural e fortalecer o processo de integração, por meio de fomento ao Mercosul humano e social.

O Focem teve suas normas estabelecidas pela Decisão 18/5 e hoje é regulamentado pela Decisão 01/10, ambas do CMC[15]. Assim, "o FOCEM surge posteriormente com a finalidade de reduzir as assimetrias intrarregionais e, como consequência, facilitar a convergência de interesses e a percepção de problemas comuns pelos Estados-membros"[16].

Trata-se de órgão destinado ao financiamento de programas com o fito de promover convergência estrutural, coesão social, fomentar economias de regiões menos desenvolvidas e fortalecer o processo de integração regional, tendo como fim último a diminuição das assimetrias do bloco.

> O Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL parece ser constituído. Segundo os textos oficiais ele tem a tarefa de corrigir assimetrias econômicas regionais e com a característica de somar recursos em exigências proporcionais ao PIB de cada país, e investir nos Estados Parte em preferência inversamente proporcional a este[17].

Nesse sentido, é de suma importância para a consecução do Mercosul humano e social o apoio e os investimentos do Focem[18]. Além de ajudar a financiar

---

15 FOCEM. Disponível em: https://focem.mercosur.int/pt/projeto/mercosul-social-fortalecimento-do-instituto-social-do-mercosul-e-consolidacao-do-plano-estrategico-de-acao-social/. Acesso em: 1º abr. 2018.

16 PAULA, Thais Vieira de. MACIEL, Heitor Cardoso. *A integração do Mercosul através do regionalismo pós-liberal:* o papel do Focem no desenvolvimento social do Paraguai. Disponível em: http://www.encontro2017.abri.org.br/resources/anais/8/1498418520_ARQUIVO_ArtigoABRI-TeH-PDF.pdf. Acesso em: 17 mar. 2018.

17 PINTO, Rafael César Ilha. O Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) e uma nova perspectiva da integração. *Cuarto Congreso Uruguayo de Ciencia Política, "La Ciencia Política desde el Sur"*, Asociación Uruguaya de Ciencia Política, 14-16 de noviembre de 2012. Disponível em: www.aucip.org.uy/docs/cuarto_congreso/12142413%20-%20Pinto,%20Rafael.pdf. Acesso em: 3 abr. 2018.

18 "A proposição de um programa de investimento direcionado especificamente à promoção da coesão social representa uma preocupação nova nas políticas de integração levadas a cabo

os projetos desenvolvidos por outros órgãos voltados à temática, como o Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos, a Escola de Direitos Humanos do Mercosul e outros, o órgão tem projetos próprios de fomento.

> O IPPDH tem por objetivo contribuir aos processos de planejamento, implementação e consolidação das políticas públicas em direitos humanos como marca central da identidade, do desenvolvimento e da integração dos países do MERCOSUL. Tem como funções principais a cooperação técnica, a pesquisa, a capacitação e o apoio à coordenação de políticas regionais de direitos humanos[19].

O Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos do Mercosul – IPPDH tem compreendido a participação social como um importante instrumento de integração regional, investindo na formação de agentes capacitados para fomentar discussões sobre os Direitos Humanos e elaborar e monitorar políticas públicas na área.

> A participação social é um fenômeno complexo e variável em relação às transformações dos intervenientes políticos e sociais, seus interesses e a existência de vontade política que incentivam a abertura de espaços de participação, proporcionando as condições de acesso à informação, bem como a disposição das partes interessadas para implementar suas ações no sentido de alcançar um crescente envolvimento no processo de formulação de políticas públicas (tradução nossa).[20].

Assim, necessário observar que a participação social e formação humana, via educação em Direitos Humanos, são ferramentas de ação para implementação de políticas públicas voltadas à temática, sendo essencial para o bom desenvol-

---

pelos Estados Parte até então. Essa inovação, em grande parte, é reflexo do processo histórico latino-americano e suas características próprias de fragmentação social a partir da exclusão de segmentos sociais majoritários da política nacional" (PINTO, Rafael César Ilha. O Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) e uma nova perspectiva da integração. *Cuarto Congreso Uruguayo de Ciencia Política, "La Ciencia Política desde el Sur"*, Asociación Uruguaya de Ciencia Política, 14-16 de noviembre de 2012. Disponível em: www.aucip.org.uy/docs/cuarto_congreso/12142413%20-%20Pinto,%20Rafael.pdf. Acesso em: 3 abr. 2018.

19 IPPDH. Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul. Disponível em: http://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/funciones-pt. Acesso em: 4 abr. 2016.

20 No original: "A los efectos de este trabajo, entendemos que la participación social es un fenómeno complejo y variante en relación con las transformaciones de los actores políticos y sociales involucrados, de sus intereses y de la existencia de voluntades políticas que propicien la apertura de espacios participativos, suministrando las condiciones de acceso a información, como así también la voluntad de los actores sociales de desplegar sus acciones en el sentido de lograr un creciente involucramiento en el proceso de formulación de políticas públicas" (PONT, Mariana Luna (coord.). *Construyendo el mapa de la participación social en el Mercosur.* Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/7117/1/construyendo-el-mapa--de-la-participacion-social-en-el-mercosur---es.pdf. Acesso em: 27 maio 2018. p. 23.

vimento das atividades do IPPDH (Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul). Com esse fito, o IPPDH atua em diversas frentes de direitos, conforme necessidade específica detectada.

> A Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados – RAADH – e 114 do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos – IPPDH são configurações institucionais do Mercosul que contribuem para a formação de uma comunidade política comprometida com o respeito e promoção dos Direitos Humanos enquanto eixos fundamentais da identidade e desenvolvimento da região (Mercosul/CMC/DEC. N. 26/03, N. 40/04 e N. 17/05). A institucionalização do IPPDH como uma coordenação e cooperação mútua entre os Estados firma compromissos em políticas públicas integradas[21] (tradução nossa).

Trata-se de um conjunto de países em desenvolvimento, do qual surge a necessidade de políticas públicas em proposta ao desenvolvimento dos Direitos Humanos e ao desenvolvimento social. Dentre as ações necessárias, podem-se pontuar, com destaque, a transferência de renda, a promoção da cidadania, a prestação social e a formação sobre garantias e direitos[22].

Considerando as diferenças sociopolíticas entre os países do bloco, é mais do que necessária a criação de uma diretriz que possibilite a formação intercultural e interdisciplinar sobre o assunto, na medida em que "os direitos se constroem e desconstroem na medida dos contextos de desenvolvimento político e social de cada sociedade, em sua própria história"[23].

Veja-se que o investimento nas áreas humana e social se mostra de grande importância para a consecução do Mercosul.

---

[21] No original: "La Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados – RAADH – y 114 el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos –IPPDH, son ámbitos institucionales del Mercosur que contribuyen a la conformación de una comunidad política comprometida con el respeto y promoción de los derechos humanos, en tanto eje fundamental de la identidad y desarrollo de la región (MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/03, N° 40/04 Y N° 17/05). La institucionalización del IPPDH como una instancia de coordinación y cooperación recíproca entre los Estados, concreta ese compromiso en políticas públicas integradas" (PATRINÓS, Paula Rodriguez. Institucionalidad pública para la protección y promoción de los derechos humanos en el Mercosur. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014. p. 114).

[22] COELHO, Maria Francisca Pinheiro; TAPAJÓS, Maria de Souza; RODRIGUES, Monica. *Políticas sociais para o desenvolvimento:* superar a pobreza e promover a inclusão. Simpósio Internacional sobre Desenvolvimento Social. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Unesco, 2010. p. 20.

[23] SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 38.

> A redução das assimetrias tornaria a realidade doméstica dos países da região sul-americana menos heterogênea e facilitaria a aproximação entre os atores, que possibilita a criação de instituições, a formulação e implementação de políticas comuns nos Blocos regionais. Ademais, a promoção de simetria na região pode também ter efeitos sobre a dinâmica internacional, pois a redução das assimetrias regionais garantiria melhor posicionamento da região sul-americana em processos de barganhas a nível multilateral[24].

Os projetos podem ser apresentados pelos Estados por meio das Unidades Técnicas Nacionais do Focem – UTNF e por meio dos representantes permanentes junto ao Mercosul, que apresentam os respectivos projetos à Comissão Permanente – CRMP, que analisará se o projeto proposto está de acordo com as normas regulamentares.

Referidas normas[25] estabelecem as condições de elegibilidade dos projetos, que devem atender aos objetivos do Focem, cumprir requisitos formais de admissão, ser propostos e, futuramente, se aprovados, executados sob a responsabilidade do setor público de um ou mais Estados, ter taxa de retorno econômico superior dentro do limite fixado pelo CRPM, não substituir outros projetos em execução, nem se imiscuir em despesas públicas estruturais dos Estados.

O PEAS – Plano Estratégico de Ação Social[26], por exemplo, cumpriu todos os requisitos acima citados, tendo como objetivo principal[27] articular e desenvolver ações que consolidem a dimensão social do bloco, e tendo como objetivos específicos aumentar a estrutura para o desenvolvimento de ações institucionais, ampliar as pesquisas e o intercâmbio de informações entre os membros no to-

---

24 PAULA, Thais Vieira de; MACIEL, Heitor Cardoso. *A integração do Mercosul através do regionalismo pós-liberal: o papel do Focem no desenvolvimento social do Paraguai*. Disponível em: http://www.encontro2017.abri.org.br/resources/anais/8/1498418520_ARQUIVO_ArtigoABRI-TeH-PDF.pdf. Acesso em: 17 mar. 2018.

25 FOCEM. *Relatório 2005-2015*. Disponível em: https://focem.mercosur.int/docs/FOCEM_pt.pdf. Acesso em: 1º abr. 2018.

26 MERCOSUL. Disponível em: www.mercosur.int/innovaportal/v/7403/2/innova.front/mercosul-social:-fortalecimento-do-instituto-social-do-mercosul-e-consolidacão-do-plano-estrategico-de-acão-social. Disponível em: www.aucip.org.uy/docs/cuarto_congreso/12142413%20-%20Pinto,%20Rafael.pdf. Acesso em: 3 abr. 2018.

27 O PEAS tem dez eixos norteadores de suas linhas de ação, a saber: I. Erradicar a fome e a pobreza, e combater as desigualdades sociais; II. Garantir os direitos humanos, a assistência humanitária e as igualdades étnica, racial e de gênero; III. Universalizar a saúde pública; IV. Universalizar a educação e erradicar o analfabetismo; V. Valorizar e promover a diversidade cultural; VI. Garantir a inclusão produtiva; VII. Assegurar o acesso ao trabalho decente e aos direitos de previdência social; VIII. Promover a sustentabilidade ambiental; IX. Assegurar o diálogo social; X. Estabelecer mecanismos de cooperação regional para a implementação e o financiamento de políticas sociais.

cante à implementação de políticas públicas regionais[28] e aumentar o nível de atuação no setor social.

O MERCOSUL SOCIAL

Com os efeitos devastadores da Segunda Guerra Mundial e o consequente choque oriundo das inúmeras violações de direito sofridas, intensificou-se o debate sobre os Direitos Humanos, com destaque para a tese defendida por Hannah Arendt, segundo a qual os Direitos Humanos são frutos de lutas sociais, não sendo postos, mas decorrentes de um processo de construção de acordo com a realidade social[29].

Nessa mesma linha, o estudo de Ignacy Sachs atrela o desenvolvimento aos Direitos Humanos e sociais em um processo de luta, para quem "a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta, antes de serem reconhecidos como direitos"[30].

Verificou-se nesse cenário a necessidade de os Estados não mais agirem isoladamente nesta temática, mas de criarem mecanismos de ação conjunta. "O Estado se acha integrado na comunidade internacional, e é missão nacional de cada povo que decide sua posição de equilíbrio na ordem da humanidade"[31].

A questão da proteção aos Direitos Humanos não mais se adstringe ao domínio estatal, tampouco competência territorial, pois trata-se de tema de interesse internacional. Tal concepção traz à baila importantes consequências, dentre as quais se destaca a revisão da noção tradicional de soberania, admitindo interveniências de organismos internacionais no plano nacional em se tratando de assuntos atinentes a essa temática, transitando a concepção hobbesiana de

---

28 "Além dos programas que investem na integração energética, na formação de cadeias produtivas regionais e na inovação tecnológica como o Programa de Convergência Estrutural e o Programa de Desenvolvimento da Competitividade, o fundo estabeleceu também como uma de suas diretrizes o financiamento de projetos que promovam a integração das populações dos países e em especial as populações fronteiriças no âmbito do Programa de Coesão Social" (PINTO, Rafael César Ilha. O Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) e uma nova perspectiva da integração. *Cuarto Congreso Uruguayo de Ciencia Política, "La Ciencia Política desde el Sur",* Asociación Uruguaya de Ciencia Política, 14-16 de noviembre de 2012. Disponível em: www.aucip.org.uy/docs/cuarto_congreso/12142413%20-%20Pinto,%20Rafael.pdf. Acesso em: 3 abr. 2018.

29 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.134.

30 SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. *In:* PINHEIRO, P. S; PINHEIRO, S. P. G. (org.). *Direitos humanos no século XXI.* Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998. p. 156.

31 MEIRELLES, Teixeira. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense: 1991. p. 48.

soberania para a concepção kantiana de soberania galgada no conceito de soberania universal[32].

Isso implicou uma mudança na concepção do papel dos Estados, que não devem apenas respeitar os Direitos Humanos, mas promover ações efetivas para garantir seu exercício. Ao mesmo tempo, impactou na concepção dos Direitos Humanos, como campo específico de política pública e como um enfoque a ser incorporado em políticas governamentais[33]. "A solidariedade da humanidade, pela relação e participação de suas necessidades e esforços e a unidade de origem e destino da espécie humana, exige que o bem a que se dirige a organização política seja compartilhado de certa maneira por todos os homens"[34].

A postura firme dos organismos internacionais quanto ao assunto e a crescente necessidade de integração regional dos Estados, para a qual "é necessário edificar sólidas bases econômicas, políticas, culturais e jurídicas, bem como estruturar progressivamente conceitos, regras e mecanismos que viabilizem o processo integrador"[35], trouxeram à tona a teoria do direito ao desenvolvimento como premissa para a tão almejada reestruturação e integração.

Fenômeno semelhante se observou no âmbito do Mercosul, que, não obstante contasse com premissas estritamente econômicas em uma primeira análise, verificou que, para alcançar o objetivo econômico do bloco, mediante a necessária e desejada integração regional, seria necessário voltar as atenções ao desenvolvimento humano dos países do bloco[36].

A integração regional é uma necessidade nos blocos econômicos, mormente no Mercosul, conforme se verá adiante, assim como o desenvolvimento dos seus Estados-partes, sem o qual não se vislumbra fortalecimento dos blocos, sendo, para tanto, necessárias ação e formação de políticas públicas na temática. "Os Direitos Humanos não podem existir num mundo ideal, mas devem ser postos em prática por meio de uma ação voltada para um projeto de construção

---

32 PIOVESAN, Flávia. *Pobreza e desigualdade no Brasil:* traçando caminhos para a inclusão social. *In:* WERTHEIN, Jorge (org.). Brasília: Unesco, 2003. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133974por.pdf. Acesso em: 23 jul. 2016. p. 137.

33 WINTER, Luís Alexandre Carta; BECKERS, Amanda Carolina. Desenvolvimento e integração regional: a atuação do Mercosul em políticas públicas de direitos humanos. *Revista Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/1398. p. 14.

34 MEIRELLES, Teixeira. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense: 1991. p. 48.

35 WOLKMER, Antônio Carlos. Integração e direito comunitário latino-americano. *In:* PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Mercosul no cenário internacional:* direito e sociedade. Curitiba: Juruá, 1998. v. I. p. 45.

36 WINTER, Luís Alexandre Carta; BECKERS, Amanda Carolina. Desenvolvimento e integração regional: a atuação do Mercosul em políticas públicas de direitos humanos. *Revista Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/1398. p. 14.

da realidade, ter como referência que os Direitos Humanos não podem ser entendidos separadamente do político"[37].

Assim tem sido a compreensão do Mercosul sobre o tema. O bloco cada vez mais tem atentado às questões humanas, políticas e sociais como instrumento de integração e desenvolvimento. "O Mercosul governa o duplo conceito de democracia na sua ligação indissolúvel com respeito pelos Direitos Humanos, tal como estipulado nos protocolos de Assunção e Ushuaia, de modo que deve ser interpretado em conjunto"[38].

Há que se considerar que a indissociabilidade da questão política e social com o processo de formação dos Direitos Humanos é cada vez mais presente, uma vez que "os Direitos Humanos são lutas sociais concretas da experiência de humanização. São o ensaio de positivação da liberdade conscientizada e conquistada no processo de criação das sociedades"[39].

> Esta situação exige que os Estados desenvolvam ações, estratégias e políticas destinadas a garantir o acesso aos direitos de setores sociais excluídos. Trata-se de aumentar a eficiência, adequação e o alcance das políticas para garantir a observância dos Direitos Humanos. Portanto, é necessário melhorar a infraestrutura pública e social para promover o desenvolvimento de políticas integradas de Direitos Humanos. Tais políticas não só exigem o fortalecimento das instituições governamentais de Direitos Humanos que operam a nível nacional, subnacional e regional, mas também implicam o envolvimento e a participação dos cidadãos, a partir de mecanismos que permitam dar legitimidade e apoio a políticas de médio e longo prazo (tradução nossa).[40]

---

37 SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 46.

38 ANTONIAZZI, Mariela Moralles. *Mercosurización de la democracia y los derechos humanos*. Disponível em: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/antonazzi/MMAMercosurizacion02082014.pdf. Acesso em: 17 maio 2017. p. 8.

39 SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. Discurso social e cidadania: movimento social e práticas instituintes de direito (ética e direitos humanos). *Revista Ethos*, Brasília: Sociedade de Estudos e Pesquisas éticas de Brasília – SEPEB, 2000, p. 171-190. p. 183.

40 No original: "Esta situación requiere que los Estados desarrollen acciones, estrategias y políticas dirigidas a asegurar el acceso a derechos de los sectores sociales excluidos. Se trata de incrementar la eficacia, adecuación y alcance de las políticas para asegurar la vigencia de los derechos humanos. Para ello, es necesario mejorar una infraestructura pública y social capaz de favorecer el desarrollo de políticas de derechos humanos integradas. Dichas políticas no sólo requieren el fortalecimiento de las instituciones gubernamentales de derechos humanos que actúan a nivel nacional, sub-nacional y regional, sino que además implican el involucramiento y participación de la ciudadanía, a partir de mecanismos de que permitan dar legitimidad y sustento a políticas de mediano y largo plazo" (PATRINÓS, Paula Rodriguez. Institucionalidad pública para la protección y promoción de los derechos humanos en el Mercosur. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014. p. 116).

Nesse sentido, há no âmbito do Mercosul "uma nova característica que é a concretização de uma agenda positiva da integração, com a criação de instituições e políticas públicas comuns, em âmbitos que não são somente os econômicos[41]", com o fito de promover o desenvolvimento e a integração regional, por meio da dimensão social e de salvaguarda aos Direitos Humanos.

> A incorporação da dimensão social no processo trouxe para a pauta temáticas relegadas a segundo plano como a pobreza, as desigualdades materiais, a exclusão social. No primeiro momento, essa nova mirada demandou a construção e compartilhamento de novos conhecimentos e uma redefinição do próprio Mercosul como um projeto político-estratégico. Uma ação voltada para desenvolvimento regional que já não seria pensado como um atributo compensatório de um baixo crescimento econômico, mas o desenvolvimento em sua forma integral, um desenvolvimento humano[42].

Referida dimensão social do Mercosul engloba problemas tidos como estruturais, por exemplo, pobreza, exclusão social, exercício de cidadania e déficit democrático, fatores que, como já visto, integram o conceito de desenvolvimento.

São imprescindíveis as políticas públicas e a participação social na construção de um caminho voltado à integração regional e melhoria na qualidade de vida dos cidadãos dos Estados-partes. "Esta é uma integração mais abrangente, sob uma estratégia de desenvolvimento nacional e regional, busca superar as desigualdades sociais graves a nível nacional e assimetrias reduzindo a nível regional"[43].

As dimensões política e social do bloco têm ganhado força no processo integrador, desempenhando um verdadeiro "papel central na consolidação da democracia e na proteção, promoção e garantia dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas que vivem na região[44]". Os Direitos

---

41 CARVALHO, Glauber Cardoso. A integração sul-americana: cooperação, redes e produção do conhecimento. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014. p. 77.

42 CARVALHO, Glauber Cardoso. A integração sul-americana: cooperação, redes e produção do conhecimento. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014. p. 77.

43 No original: "Se trata de una integración más inclusiva que, bajo una estrategia de desarrollo nacional y regional, procura la superación de las graves desigualdades sociales a nivel nacional y la reducción de asimetrías en el plano regional" (PATRINÓS, Paula Rodriguez. Institucionalidad pública para la protección y promoción de los derechos humanos en el Mercosur. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014. p. 112).

44 No original: "Papel central a la consolidación de la democracia y a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan la región" (PATRINÓS, Paula Rodriguez. Institucionalidad pública para la protección

Humanos passam a ser não só positivação de preâmbulo dos documentos, mas a ser objetos de iniciativas concretas, verdadeiros instrumentos de integração e desenvolvimento, como se verá adiante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de mais de duas décadas, foram muitas as mudanças no Mercosul econômico, rotineiramente objeto de estudos acadêmicos e digressões interessantes sobre o futuro do bloco enquanto união aduaneira, e sua permanente intenção de conformação em mercado comum. Figurou menos como objeto de pesquisa sua face política, menos ainda seu viés humano e social.

Difícil ponderar a que se deve tal fato, uma vez que, como visto ao longo do presente trabalho, desde o preâmbulo do Tratado de Assunção, seu documento instituidor, já se vislumbrava a preocupação com a dignidade e qualidade de vida dos cidadãos dos Estados-partes e a justiça social. Como falar em melhoria da dignidade, qualidade de vida e justiça social sem voltar as atenções à temática dos Direitos Humanos? Indo além, como falar em desenvolvimento e integração regional sem atentar à salvaguarda dos Direitos Humanos?

A preocupação com temas que não o foco principal do bloco demonstra a importância que os direitos humanos e sociais tinham mesmo no princípio das atividades. As questões de difusão de conhecimento e da atuação em educação e formação de agentes, temática da primeira decisão alinhada ao eixo humano, sempre figurou entre as ações mais recorrentes do CMC, o que mostra a preocupação, presente desde os idos de 1991, com a difusão de conhecimento e educação em Direitos Humanos como premissa basilar para fomentar a implementação de outros temas transversais.

Se tais medidas, como já dito, mais efetivas e canalizadas ao tema foram tomadas tempestivamente ou não, há que se ponderar que o mundo jurídico e político no qual o Mercosul está inserido quase sempre sofrerá um *delay* em relação ao fenômeno social, sendo difícil antecipar situações-cenário nesses casos.

Não obstante, conforme defendido neste trabalho, os Direitos Humanos são construções advindas de demandas sociais, não nascendo postos, mas, sim, frutos do fenômeno social, o que vem sendo encarado pelo bloco justamente mediante a atuação do CMC na temática.

Respondendo à questão formulada na introdução, o Focem, que se destina a promover convergência estrutural, coesão social, fomentar economias de regi-

---

y promoción de los derechos humanos en el Mercosur. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014. p. 114).

ões menos desenvolvidas e fortalecer o processo de integração regional, diminuindo as assimetrias do bloco, dada sua limitação orçamentária, e, por certo, não pensada, inicialmente, como um eficaz instrumento para além de uma política econômica, *a priori*, acaba por ter um importante papel no Mercosul Social.

É verdade que, nesse quadro, os órgãos superiores do Mercosul têm uma compreensão mais restrita no âmbito econômico, mas, ainda assim, entendem que não mais podem ter uma postura impositiva sobre o assunto, sendo necessária uma ação horizontal, seja na compreensão dos direitos mais comumente violados, seja na decisão das políticas a serem elaboradas, seja na conscientização dos Estados e dos cidadãos sobre o que são tais direitos, seus limites e possibilidades.

Certamente, ainda há muito a ser feito, principalmente no que tange à divulgação de tais políticas, à formação de agentes e à participação social, uma vez que, para que haja intensa participação, é necessário que os grupos de interesse, movimentos sociais e atores da sociedade civil tenham conhecimento de tais ações e possam usufruir de tais políticas, absorvendo conhecimento institucional, dialogando com agentes de outros países, compreendendo de que forma dar mais visibilidade às suas causas e, assim, promover a salvaguarda dos Direitos Humanos.

Ressalva-se que, apesar deste e de outros entraves, muito já foi feito no âmbito da proteção dos Direitos Humanos no Mercosul, conforme se depreende das decisões estudadas. É sempre fácil, e, por vezes, tentador trilhar o caminho da crítica. É certo que criticar embasadamente o que está posto e provocar novas ideias é salutar, sob pena de se manter eternamente o atual estado das coisas, que não é sobremaneira o que se pretende.

REFERÊNCIAS

ALADI. Associação Latino-Americana de Integração. Disponível em: http://www.aladi.org/nsfaladi/preguntasfrecuentes.nsf/009c98144e0151fb03256ebe005e795d/cf2ded02ef8e4a6c03256ed100613e5d?OpenDocument. Acesso em: 1º mar. 2018.

ANDRADE SANTOS, Maria Cecília. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. *In:* BARRAL, Welber; FRANCESCHINI, Luis Fernando (coord.). *Direito internacional público & integração econômica regional*. Curitiba: Juruá, 2001.

ANTONIAZZI, Mariela Moralles. *Mercosurización de la democracía y los derechos humanos*. Disponível em: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/antonazzi/MMAMercosurizacion02082014.pdf. Acesso em: 17 maio 2017.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf. Acesso em: 11 dez. 2018.

BARRAL, Welber. Defesa comercial no Mercosul. *In:* BARRAL, Welber; FRANCESCHINI, Luis Fernando (coord.). *Direito internacional público & integração econômica regional*. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Integração latino-americana:* 50 anos da ALALC/ALADI. Fundação Alexandre Gusmão: Brasília, 2010.

CASELLA, Paulo de Borba. Quais os fins da integração regional no Mercosul? *In:* VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *América latina:* cidadania, desenvolvimento e estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

CARVALHO, Glauber Cardoso. A integração sul-americana: cooperação, redes e produção do conhecimento. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; PAULA, Mariana Porto de; SECCHERS, Daniela Vieira. Os atores interestatais no desenvolvimento regional e a participação social. *Revista de Direito FGV*, v. 12, n. 3, set./dez. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n3/1808-2432-rdgv-12-03-0776.pdf. Acesso em: 1º maio 2018.

FOCEM. *ISM*. Disponível em: https://focem.mercosur.int/pt/projeto/Mercosul-social-fortalecimento-do-instituto-social-do-Mercosul-e-consolidacao-do-plano-estrategico-de-acao-social/. Acesso em: 1º abr. 2018.

FOCEM. *Relatório 2005-2015*. Disponível em: https://focem.mercosur.int/docs/FOCEM_pt.pdf. Acesso em: 1º abr. 2018.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos:* solução de controvérsias. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MEIRELLES, Teixeira. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Os princípios jurídicos do Mercosul. *In:* BARRAL, Welber; FRANCESCHINI, Luis Fernando (coord.). *Direito internacional público & integração econômica regional*. Curitiba: Juruá, 2001.

PATRINÓS, Paula Rodriguez. Institucionalidad pública para la protección y promoción de los derechos humanos en el Mercosur. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014.

PAULA, Thais Vieira de; MACIEL, Heitor Cardoso. *A integração do Mercosul através do Regionalismo pós-liberal:* o papel do Focem no desenvolvimento social do Paraguai. Disponível em: http://www.encontro2017.abri.org.br/resources/anais/8/1498418520_ARQUIVO_ArtigoABRI-TeH-PDF.pdf. Acesso em: 17 mar. 2018.

PINTO, Rafael César Ilha. O Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) e uma nova perspectiva da integração. *Cuarto Congreso Uruguayo de Ciencia Política, "La Ciencia Política desde el Sur"*, Asociación Uruguaya de Ciencia Política, 14-16 de noviembre de 2012. Disponível em: www.aucip.org.uy/docs/cuarto_congreso/12142413%20-%20Pinto,%20Rafael.pdf. Acesso em: 3 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Pobreza como violação de direitos humanos**.** *In:* WERTHEIN, Jorge (org.). *Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social*. Brasília: Unesco, 2003. Disponível em http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133974por.pdf. Acesso em: 23 jul. 2016.

PONT, Mariana Luna (coord.). Construyendo el mapa de la participación social en el Mercosur. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/7117/1/construyendo-el-mapa-de-la-participacion-social-en-el-mercosur---es.pdf. Acesso em: 27 maio 2018.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. *In:* PINHEIRO, P. S.; PINHEIRO, S. P. G. (org.). *Direitos humanos no século XXI*. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VÁZQUEZ, Mariana. La integración regional como proyecto estratégico y la participación popular. *In:* SARTI, Ingrid (org.). *Os desafios da integração sul-americana:* autonomia e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014.

WINTER, Luís Alexandre Carta; BECKERS, Amanda Carolina. Desenvolvimento e integração regional: a atuação do Mercosul em políticas públicas de direitos humanos. *Revista Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/1398.

Data de recebimento: 30/06/2018

Data de aprovação: 28/07/2018

EDUCAÇÃO EM E PARA OS DIREITOS HUMANOS E PEDAGOGIA CRÍTICA: DIREITOS HUMANOS SÃO APENAS PARA INFRATORES PENAIS?

EDUCATION IN/AND FOR HUMAN RIGHTS AND CRITICAL PEDAGOGY: ARE THE HUMAN RIGHTS JUST FOR CRIMINAL OFFENDERS?

José Welington Cavalcante Rodrigues*
Alexandre Magno Tavares da Silva**

RESUMO

O discurso de que os direitos humanos somente advogam em favor de reeducandos penais tem adquirido bastante adesão dos subalternos desse mundo, o que é particularmente perigoso, porque tem repercutido negativamente na concretização das pautas desses direitos que foram inventados principalmente para favorecer a dignidade dos oprimidos. Mas por que isso tem acontecido? Diante desse questionamento, o objetivo deste artigo é analisar a importância da educação em e para os direitos humanos, sob uma perspectiva freiriana, para a desconstrução da tese de que esses direitos servem apenas para proteger pessoas que cometeram crimes. Para tanto, utilizaram-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica de cunho crítico, o que resultou na conclusão de que a educação em e para os direitos humanos, por meio da conscientização de alunos e alunas, pode favorecer a emancipação dos oprimidos desse mundo que absorvem a tese ora contestada e que acabam por reproduzi-la.

Palavras-chave: Educação; Direitos humanos; Pedagogia crítica.

ABSTRACT

The speech that human rights only advocate in favor of reeducating criminal has acquired a lot of followers on the subaltern population and

* Mestrando em Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Penal e em Docência do Ensino Superior. Advogado. E-mail: welhinjtoncavalcante@gmail.com.

** Pós-doutorando em Educação pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Ciências da Educação pela Johann Wolfgang Goethe Universitat-Alemanha. Mestre em Educação Popular pela Universidade Federal da Paraíba. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania, do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos, da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: alexandremagno@ce.ufpb.br.

this is dangerous cause promote a negative impact on the implementation of politics rights to oppressed population dignity. But why this is happening? In view of this, the main objective is to analyze the importance of education in/and for human rights, in a Freirean perspective, to deconstruct the thesis that theses human rights just protect criminals from penal system. The deductive method and bibliographical research were used to this work. In conclusion, the education in/and for human rights, through student's awareness, can help the oppressed population – that absorb the appealed thesis and reproduce – to emancipate.

Keywords: Education; Human rights; Critical pedagogy.

INTRODUÇÃO

A ideia de relacionar os direitos humanos com a educação pode soar um pouco redundante quando se volta um olhar rápido sobre a questão, uma vez que a educação seria apenas mais um exemplo desses direitos. Contudo, quando se busca racionalizar a prática dos agentes sociais envolvidos nesse fenômeno e seu poder emancipatório, essa interação adquire contornos de transformações pessoal e social necessárias à formação cidadã.

Viabilizar o diálogo entre educação e direitos humanos é abrir as cortinas para a resistência, a indignação e a justa ira, em termos freirianos. É ter firme a convicção de que não é possível, hoje, ser brasileiro, estar consciente e não se rebelar contra as transgressões éticas, políticas e jurídicas de que são vítimas os educadores e educandos. Então, os direitos humanos podem servir como um poderoso antídoto contra estruturas de dominação, favorecendo o respeito pela dignidade dos oprimidos desse mundo.

Foi precisamente contra as mais diversas formas de opressão que assolaram profundamente a humanidade que se desenvolveu o consenso de que os seres humanos devem ser reconhecidos como possuidores de direitos inatos. Educar em e para os direitos humanos[1], nesse sentido, é um direito humano em si e, igualmente, condição para a garantia dos demais direitos.

---

[1] A expressão educação em/para os direitos humanos ora utilizada remete às dimensões do direito humano à educação, conforme a Plataforma DhEsca Brasil (2009). Assim sendo, por "educação em direitos humanos" entende-se que esses direitos devem compor o processo educativo das pessoas. Para defender seus direitos, cada pessoa necessita conhecê-los e saber como reivindicá-los na sua vida diária. Além do mais, a educação em direitos humanos promove o respeito à diversidade (étnico-racial, religiosa, cultural, geracional, territorial, físico-individual, de gênero, de orientação sexual, de nacionalidade, de opção política, entre outras), a solidariedade entre povos e nações e, como consequência, o fortalecimento da tolerância e da paz; já por "educação para os direitos humanos" compreende-se a necessidade de a educação desenvolver nos educandos o compromisso de ações práticas em vista da promoção, proteção e garantia dos direitos humanos, ou seja, a educação despertando nos educandos compromisso social com essa causa e podendo traduzir tal compromisso em ações práticas no seu dia a dia.

Reforça a necessidade dessa simbiose o fato de, nas últimas décadas, grupos oprimidos terem feito uso dos direitos humanos como ferramenta de transformação da ordem dominante, o que esclarece o porquê do esforço de alguns grupos conservadores em associar a causa dos direitos humanos à mera proteção de indivíduos que praticaram um crime. Em contraposição, muitos indivíduos e grupos subalternos também incorporaram esse discurso equivocado ao seu repertório e passaram a desqualificar a importância desses direitos.

O objetivo desta investigação, diante do cenário levantado, é analisar a importância da educação em e para os direitos humanos, sob o viés freiriano, para a desconstrução da tese de que esses direitos se limitam a defender os reeducandos do sistema penal. Mostra-se viável desenvolver essa empreitada na medida em que a maneira de pensar o mundo e cada indivíduo que o compõe, bem como as relações de poder de Freire ajudam a refletir sobre a questão suscitada de maneira libertadora.

Hoje, os direitos humanos são marcados pela busca de sua expansão rumo à universalização e multiplicação, cujos exemplos são a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, ambas de 1948, que deram início à fase de internacionalização desses direitos. Especificamente quando o assunto é educação, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, cuidou de tornar obrigatória a observação dos direitos nele contidos pelos Estados-membros.

O desenvolvimento de toda essa estrutura normativa internacional visa ao necessário reconhecimento dos direitos humanos, o que somente será possível no contexto de uma sociedade justa e democrática, sendo a prática pedagógica crítico-transformadora viabilizadora da construção da autonomia do educando e da valorização e respeito de sua cultura.

A pedagogia crítica tem como princípio basilar a ideia de que o ato de ensinar constitui um processo socialmente construído, permitindo ao educando um espaço de edificação de conhecimentos. Educador e educando estão em contínuo processo de aprendizagem. Em resumo, a pedagogia crítica viabiliza uma ação educativa crítica.

A educação e os direitos humanos, por fim, é um diálogo presente na obra freiriana que merece ser explorado, pois permite a tomada de consciência do papel de cada agente histórico no processo de transformação da realidade circundante por meio da utilização da educação como instrumento de construção de uma cultura de respeito, reconhecimento e promoção dos direitos humanos dentro e fora do ambiente escolar, afastando, assim, a incidência de noções equivocadas espalhadas pelo senso comum.

POR UMA EDUCAÇÃO QUE LIBERTE: ASPECTOS CONCEITUAIS

Nesta seção, busca-se discorrer sobre o conceito de educação e de direitos humanos. Inicialmente, serão contrapostas as duas vertentes antagônicas deno-

minadas educação emancipatória e educação alienatória, e, em seguida, demonstrar-se-á brevemente o estado da arte sobre direitos humanos. Esse proceder será útil, ao longo da seção posterior, para fundamentá-la.

A educação é um direito social reivindicado constantemente, em todas as partes do globo, e, por isso, sua concretização tem sido objeto de atenção internacional. Não obstante, a educação moderna atravessa inúmeros entraves, notadamente por induzir o indivíduo a uma visão distorcida de si próprio e dos outros, conforme fica evidente na obra *Ensaio sobre a cegueira*, de José Saramago (1996). Mas, afinal, o que é esse direito tão reclamado hoje denominado educação?

Para alcançar a finalidade pretendida no presente *paper*, a educação é compreendida nos termos do disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quando, em seu artigo 205, assim dispõe:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Do dispositivo acima mencionado extrai-se que a educação deve ter por fim o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A esta ideia específica de educação Freire (1987) dá o nome de educação libertadora ou emancipatória. São pressupostos deste modelo de educação a problematização e o pensar criticamente, no qual os estudantes são vetores de transformação da realidade na medida em que interagem com o mundo ao seu redor. A este respeito, diz Freire (1987, p. 39):

> Neste sentido, a educação libertadora, problematizadora, já não pode ser o ato de depositar, ou de narrar, ou de transferir "conhecimentos" e valores aos educandos, meros pacientes, […], mas um ato cognoscente. Como situação gnosiológica, em que o objeto cognoscível, em lugar de ser término do ato cognoscente de um sujeito, é o mediatizador de sujeitos cognoscentes, educador, de um lado, educandos de outro, a educação problematizadora coloca, desde logo, a exigência da superação da contradição educador-educandos. Sem esta, não é possível a relação dialógica, indispensável à cognoscibilidade dos sujeitos cognoscentes, em torno do mesmo objeto cognoscível.

Diante do apresentado acima, com base em uma educação problematizadora, a simples retenção de várias informações ministradas em sala de aula, exercendo o estudante um papel de mero reprodutor, em nada contribui para a formação de uma relação educativa que tenha por meta a constituição de um indivíduo que seja capaz de transformar a sua realidade, dotado de autonomia e emancipação. A mera retenção de informação não forma "uma cabeça bem-

-feita"; por outro lado, acaba por constituir "uma cabeça bem-cheia", nos termos de Morin (2003, p. 21):

> O significado de "uma cabeça bem cheia" é óbvio: é uma cabeça onde o saber é acumulado, empilhado, e não dispõe de um princípio de seleção e organização que lhe dê sentido. "Uma cabeça bem-feita" significa que, em vez de acumular o saber, é mais importante dispor ao mesmo tempo de:
>
> – uma aptidão geral para colocar e tratar os problemas;
>
> – princípios organizadores que permitam ligar os saberes e lhes dar sentido.

Diante de uma educação voltada de maneira central para o acúmulo de conhecimentos, o indivíduo passa a integrar um ciclo de alienação. Assim sendo, "dentro dessa lógica (alienatória) de pensamento, científico é aquilo que é quantificável e padronizável, ou, em outras palavras, que pode ser tornado coisa" (SIQUEIRA, 2016, p. 55).

Em contraposição à educação libertadora, decorrendo dos mais diversos meios de alienação presentes nas práticas das instituições, o modelo ideal de educação disposto no art. 205 da Constituição da República de 1988 está suscetível de tornar-se "bancário", cujas características sugerem estudantes como seres da adaptação ao sistema, portanto, do ajustamento. Nesse paradigma de educação, volta-se a atenção ao conhecimento que é quantificável e padronizável, sendo fruto do mero contato com um objeto. Esta separação do homem da sua realidade resulta na alienação, uma vez que o homem alienado é aquele que, sem deixar de ser homem, observa-se reificado ou diminuído à condição de coisa, segundo Konder (2009).

Assim sendo, resume Freire (1987, p. 34) a ideia de educação "bancária":

> Não é de estranhar, pois, que nesta visão "bancária" da educação, os homens sejam vistos como seres da adaptação, do ajustamento. Quanto mais se exercitem os educandos nos arquivamentos dos depósitos que lhes são feitos, tanto menos desenvolverão em si a consciência crítica de que resultaria a sua inserção no mundo, como transformadores dele. Como sujeitos.

No contexto da sociedade capitalista que tem a reificação da figura do homem como componente de um processo de alienação, a educação exerce os papéis centrais de produção das qualificações necessárias ao funcionamento da economia e a constituição dos quadros e a composição dos métodos de controle político, de acordo com Mészàros (2006). Em virtude disso, somente aquelas informações que favoreçam a entrada no mercado de trabalho e o exercício do controle político é que são úteis. Ocorre que as informações buscadas pelo homem

acabam por instrumentalizá-lo como ferramenta de manutenção do sistema de produção vigente.

A discussão sobre a ideia de direitos humanos, por sua vez, mostra-se pertinente. Esses direitos representam uma ideia profundamente revolucionária, pois resultam de muitos sacrifícios. Para que ela fosse alcançada, a História registrou os horrores da violência, como "Milhões de negros africanos capturados, traficados e transformados em escravos por toda a América. Milhões de índios dizimados por guerras e doenças trazidas pelos colonizadores. Milhões de judeus mortos pelos nazistas em campos de concentração" (RABENHORST, 2014, p. 5).

A própria liberdade ao longo da história também foi posta em xeque, especialmente podendo mencionar a ditadura brasileira (1964-1985) de que foi vítima Freire, taxado como subversivo pela ousadia e firmeza de suas convicções sobre qualquer forma de negação do devido respeito à dignidade humana. Nesse sentido, observe, de acordo com Freire (2001, p. 162):

> Eu me lembro de que, quando eu estava nos meus dezesseis anos de exílio, tempo em que meu nome era proibido de sair no Jornal do Comércio, no Diário de Pernambuco, na Folha de S. Paulo, nem sequer podia aparecer na imprensa... Que coisa! Às vezes, ficava impressionado com o perigo que eu representava! Eu sabia... E me disseram que eu era perigoso. Vocês vejam como a liberdade é uma ameaça! A curiosidade da liberdade vira perigo!

Não é de se estranhar, com isso, que Freire tenha se tornado um grande defensor da libertação humana e dos demais direitos humanos, enxergando a educação como um instrumento de reflexão da realidade opressora e de possibilidades de libertação dos indivíduos e dos grupos oprimidos. Assim, a pedagogia posta sob o olhar do oprimido "tem de ser forjada com ele e não para ele como forma de recuperação de sua humanidade" (FREIRE, 1987, p. 32).

O oprimido será capaz de se conscientizar de seus direitos na convivência com os demais e com o mundo, na tentativa constante de ser mais, de alcançar sua completude. Com isso, o legado freiriano para refletir sobre direitos humanos consiste em situá-los, segundo Padilha (2008, p. 3):

> Como indicadores de uma educação que nos ensina a lutar pelos nossos direitos e a tornar o processo educativo mais plenamente humano – enquanto criação cultural – são, por exemplo, a criticidade, a estética, a ética, o respeito aos conhecimentos e saberes dos/as educandos/as, a consciência do inacabamento da pessoa, a alegria, o diálogo, a esperança, a dinâmica entre liberdade e autoridade, o significado da compreensão da educação enquanto intervenção humana, entre outras categorias e ideias-chave que por tantos anos estiveram presentes em sua práxis, entendida enquanto ação transformadora.

Dessa forma, é viável pensar os direitos humanos como utopia e como possibilidade. Sem embargo, esses direitos equivalem aos direitos relativos à dignidade dos seres humanos. São direitos que cada indivíduo tem pelo simples fato de ser humano e que buscam resguardar seus possuidores contra qualquer forma de aviltamento (RABENHORST, 2014). Essa nova mentalidade impede a coisificação da pessoa humana e a supressão dos seus direitos essenciais, inclusive por meio da violência.

Tratados por Dworkin (2011) como "trunfos" – aquelas cartas que, nos jogos de baralho, têm um valor especial, podendo ganhar de quaisquer outras –, os direitos humanos exercem papel valioso no plano jurídico. Isso porque, lembra Rabenhorst (2014, p. 5):

> [...] o Estado poderia desejar matar todos os suspeitos de cometerem delitos em nome da redução da criminalidade. Contudo, caso isso viesse a acontecer, poderíamos evocar em nossa defesa a existência de valores mais importantes, tais como a vida e a integridade física dos seres humanos. Na metáfora de um jogo que estaríamos a jogar contra o Estado, tais valores funcionariam como trunfos ou coringas.

O mesmo raciocínio não valeria para as outras pessoas? Acertadamente, pode-se concluir que sim. A violação de direitos humanos acontece não apenas por parte daqueles que detêm o poder estatal. A violência empregada com o fito de pôr fim à vida de outra pessoa vai de encontro a qualquer noção básica de direitos humanos, mesmo que praticada por aqueles que não têm o poder estatal, de modo que esses direitos poderiam ser invocados como trunfos para reclamar do Estado a tutela da segurança pública e a proteção do direito à vida daqueles que estão sob sua guarda.

Mesmo considerando os direitos humanos trunfos, isso não significa que esses direitos sejam absolutos, no sentido de que devem ser observados incondicionalmente. Por exemplo, o direito à liberdade de expressão não permite que um indivíduo ofenda outras pessoas, uma vez que estas têm direito à honra e à vida privada. Assim, todo direito precisa ser ponderado para que seja avaliado seu peso ou importância, bem como sua compatibilidade com o interesse coletivo (RABENHORST, 2014).

EDUCAÇÃO EM E PARA OS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE FREIRE: DIREITOS HUMANOS SOMENTE DEFENDEM INFRATORES PENAIS?

Nesta seção, pretende-se tratar da educação em e para os direitos humanos na obra de Paulo Freire, de modo a avançar na compreensão da necessidade da tomada de consciência das opressões, por vezes veladas que os sujeitos subalternos experimentam e internalizam no seu cotidiano. Tenciona-se ainda atacar a tese de que os direitos humanos apenas protegem os infratores do sistema penal.

O ser humano é um sujeito consciente do seu inacabamento. Assim sendo, homens e mulheres estão no mundo e com o mundo, o que quer dizer que as pessoas são seres relacionais. A educação, nesse contexto, é uma verdadeira práxis de transformação do mundo, sendo o diálogo um instrumento viabilizador dessa transformação (FREIRE, 1987).

O ato de educar não consiste meramente em aprender a ler e a escrever; é, sobretudo, um ato de ensinar a pensar. A educação é responsável por favorecer a construção da autonomia do sujeito por intermédio do estímulo a sua responsabilidade ética, política, cultural etc. Assim sendo, a educação tem um condão interativo, dialógico e intersubjetivo.

Parte-se da educação como ação humana, como ação libertadora e transformadora da realidade opressora, sendo a educação um meio para refletir sobre os direitos humanos a partir das ideias de justiça e liberdade. Nesse sentido, afirma Freire (2001, p. 99):

> a educação para os DH, na perspectiva da justiça, é exatamente aquela educação que desperta os dominados para a necessidade da "briga", da organização, da mobilização crítica, justa, democrática, séria, rigorosa, disciplinada, sem manipulações, com vistas à reinvenção do mundo, à reinvenção do poder.

Percebida por esse viés, a educação deve conduzir os agentes envolvidos no processo a uma ação que tenha por objetivo transformar a realidade dominante. A educação agiria no intuito de despertar nos indivíduos a consciência para o empoderamento da sua condição de sujeitos de direitos, notadamente quando esses direitos lhes são negados, favorecendo, por sua vez, o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos humanos.

Com isso, é interessante "não cair de um lado, na ingenuidade de uma educação toda-poderosa; de outro, noutra a ingenuidade, que é a de negar a potencialidade da educação" (FREIRE, 2001, p.100). Entender essa noção é fundamental para que não seja atribuída à educação a responsabilidade por todos os problemas da humanidade, mas alinhá-la à sua real intenção, que é voltada aos diferentes aspectos da formação humana e na sua integralidade.

Continua Freire (2001, p. 101), afirmando que:

> a educação em DH, que defendemos, é esta, de uma sociedade menos injusta para, aos poucos, ficar mais justa. Uma sociedade reinventando-se sempre com uma nova compreensão do poder, passando por uma nova compreensão da produção. Uma sociedade que a gente tenha gosto de viver, de sonhar, de namorar, de amar, de querer bem. Esta tem que ser uma educação corajosa, curiosa, despertadora de curiosidade.

A educação em e para os direitos humanos, assim sendo, à luz da pedagogia crítica, questiona noções difundidas pelo senso comum, como o mote levantado

de que os direitos humanos são direitos cuja proteção se volta somente para "bandidos", ou, mais precisamente, "direitos dos manos". Esse discurso que tem sido propagado até mesmo no espaço universitário e internalizado pelos próprios subalternos manifesta-se um verdadeiro desserviço na tutela dos direitos básicos dos oprimidos desse mundo, e, por essa razão, as linhas seguintes serão dedicadas à sua análise.

Tem sido corriqueiro encontrar professores e professoras, alunos e alunas, desde a educação básica até o ensino superior, advogando que os direitos humanos estão associados com a proteção de criminosos. Há aqui não um mero equívoco, na medida em que esses infratores também são seres humanos e, portanto, têm direitos. E essa ideia é bastante básica e revolucionária desde a Declaração Universal, de 1948, pois compreende a noção de universalidade dos direitos[2]. Logo, infratores penais são igualmente possuidores de direitos humanos (VIEIRA, 2014).

Não se pode perder de vista neste momento que a educação reproduz a ideologia dominante, e que as contradições sociais modificam o papel reprodutor da educação (FREIRE, 1989). Assim sendo, esse argumento de oposição aos direitos humanos pode ser pensado como sintoma de uma mentalidade que tem adquirido força na sociedade brasileira.

Essa oposição, contudo, é alienante, falaciosa e internaliza no opressor um discurso que serve apenas para fazê-lo evitar o consumo de um antídoto (os direitos humanos) potente contra estruturas de dominação, porque o movimento de direitos humanos tem uma pauta extensa de preocupações, não se limitando à tutela dos direitos dos reeducandos do sistema carcerário.

Essa ideia é motivo de alarme, especialmente porque tem atingido os espaços educativos, indo de encontro à noção freiriana (1989), iluminada pela pedagogia crítica, de que o ato educativo é um mecanismo de transgressão das estruturas fixadas pelo sistema capitalista. Aqui, o conhecimento não tem servido para conscientizar o sujeito de sua condição no mundo, não tem desenvolvido as bases para transformá-lo; na verdade, tem sido utilizado para atar as mãos e vendar os olhos dos agentes escolares, dos alunos e alunas.

Quando se volta ao estudo da origem dessa oposição aos direitos humanos no Brasil, é no início da década de 1980 que se aterrissa. Nesse momento histórico, programas de rádio e tabloides policiais foram usados para gerar uma imagem negativa dos direitos humanos por uma razão: para que os conservadores, favoráveis ao regime militar, pudessem deslegitimar os novos governantes

---

[2] Pode-se entender por universalidade a proposição de que todas as pessoas, independentemente de sua condição racial, econômica, social, ou mesmo criminal, são sujeitos aos direitos humanos (VIEIRA, 2014).

que buscavam reformar as instituições e colocar termo às práticas violentas e arbitrárias por parte dos órgãos de segurança (VIEIRA, 2014).

Nesse período de transição democrática, era essencial para os conservadores demonstrar que os novos líderes democráticos não tinham nenhuma condição de controlar a criminalidade, e que somente os militares eram capazes de impor ordem à sociedade. Pode-se ir além e dizer que os conservadores não suportavam a ideia de que os direitos deveriam ser expandidos às classes populares (VIEIRA, 2014).

Toda essa oposição conservadora mascara ainda outro discurso, que consiste em criar um conflito dentro das comunidades carentes entre os populares, afastando as elites de qualquer responsabilidade em relação à criminalidade. Ao vilanizar os infratores penais pela prática do delito, como se fosse um ato estritamente voluntário, que não guardaria relação com os fatores sociais, como a desigualdade, a fragilidade das instituições oficiais responsáveis pela aplicação da lei, o desemprego ou mesmo a ausência de estrutura urbana, as elites jogam a população vítima da violência somente contra o infrator, isentando-se de responsabilidades pela exclusão social ou pela omissão do Estado que estimula a criminalidade (VIEIRA, 2014).

Relacionar a luta pelos direitos humanos à defesa dos infratores penais, nesse contexto, foi uma forma de continuar mantendo os padrões de violência perpetrados pelo Estado contra os negros, os pobres, infratores da lei penal ou não, e aqueles indivíduos que habitam regiões periféricas (VIEIRA, 2014). A tomada de consciência dessa situação requer uma postura crítica e progressista diante do espaço escolar e da sociedade, além da necessidade de reforçar a indissociabilidade entre educação e política. Sob um viés crítico, é impossível negar a natureza política do processo educativo, bem como negar o caráter educativo do ato político (FREIRE, 1989).

A concepção difundida de que os direitos humanos somente defendem bandidos é de senso comum e, portanto, ingênua, que não favorece a transformação da consciência rumo à emancipação e o empoderamento de direitos pertencentes a sujeitos subalternos no espaço escolar. É urgente a realização de práticas educativas calcadas na pedagogia crítica nas escolas que desvelem a oposição injustificada aos direitos humanos. Desse modo, a conscientização exige uma percepção profunda dos fatos e dos fenômenos relacionados à origem desse discurso por meio também da análise dos seus efeitos.

Em suma, é importante que se afirme que a luta pelos direitos humanos tem uma agenda muito mais ampla do que a defesa dos direitos de pessoas que cometeram delitos. Não é equivocado dizer que a maior parte das organizações que lutam em prol dos direitos humanos, atualmente, estão com suas atenções dire-

cionadas predominantemente para questões relacionadas com o racismo, a violência e discriminação contra a mulher, a exclusão social, o trabalho infantil, a educação, o acesso à moradia, o direito à saúde, a desigualdade de gênero etc. O que existe em comum entre essas demandas? A defesa de grupos socialmente vulneráveis. Assim sendo, apesar de esses direitos serem pertencentes a todos os seres humanos, é natural que as organizações não governamentais se dediquem à proteção daqueles que se encontram em posição de maior fragilidade dentro de uma sociedade (VIEIRA, 2014).

CONCLUSÃO

O problema posto ao longo da exposição consistiu em perguntar: como a educação em e para os direitos humanos pode favorecer a desconstrução da tese de que esses direitos somente defendem infratores penais? A inquietação decorrente desse questionamento resultou no desenvolvimento dos argumentos dispostos ao longo desse texto. Logo, nesse momento, é forçoso traçar as linhas conclusivas a seguir.

A viagem pela literatura freiriana permitiu perceber o quanto esse autor contribuiu para o reconhecimento, o respeito e promoção dos direitos humanos. Freire foi contundente ao sinalizar os caminhos que possibilitam enxergar como o ato de educar pode se colocar à serviço da construção de uma verdadeira cultura voltada à socialização dos direitos humanos, tomando a leitura crítica da realidade social em suas várias dimensões.

A educação em direitos humanos, sob um viés freiriano, requer o conhecimento dos agentes escolares, alunos e alunas dos seus direitos e dos meios para reivindicá-los, visando à construção e à reconstrução da cidadania, à transformação social e à afirmação da dignidade humana. Por sua vez, para Freire, a educação para os direitos humanos é aquela educação direcionada para despertar os dominados para a necessidade da mobilização crítica, democrática e sem manipulações, com foco à reinvenção do mundo e à reinvenção do poder.

Nesse sentido, quando agentes escolares, alunos e alunas internalizam e reproduzem o discurso de que os direitos humanos somente defendem reeducandos do sistema carcerário brasileiro, acabam por contribuir para gerar uma imagem bastante negativa sobre um antídoto que poderia ser por eles utilizado para combater estruturas dominantes que insistem em torná-los seres de adaptação, reféns de uma educação bancária.

Tal discurso não pode se sustentar por uma boa razão. A pauta de reivindicações dos direitos humanos vai além da esfera penal e alcança questões relacionadas com a redução das desigualdades sociais e econômicas, bem como o direito à educação etc. nos espaços democráticos brasileiros. Mesmo assim vale

lembrar que até as pessoas que praticaram um crime grave têm direitos essenciais que devem ser respeitados. O indivíduo que pratica um crime pode vir a perder sua liberdade, mas jamais sua dignidade.

A educação em e para os direitos humanos, logo, pode favorecer a conscientização e libertação dos oprimidos desse mundo que absorvem a tese ora contestada e que acabam por reproduzi-la. A nocividade desse ato está no descrédito que o movimento dos direitos humanos vem sofrendo na tentativa de assegurar direitos básicos desses mesmos subalternos, como a educação, a saúde, a moradia etc. Ao conscientizar alunos e alunas sobre esses aspectos, os agentes escolares caminharão em direção a uma educação efetivamente emancipatória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 jun. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs.* Cambridge/London: Harvard University Press, 2011.

FREIRE, Ana Maria Araújo. *A pedagogia da libertação em Paulo Freire*. São Paulo: Unesp, 2001.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREIRE, Paulo. *A importância do ato de lerem três artigos que se completam*. São Paulo: Cortez, 1989.

KONDER, Leandro. *Marxismo e alienação*: contribuição para um estudo do conceito marxista de alienação. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MÉSZÀROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2006.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

PADILHA, Paulo Roberto. Educação em direitos humanos sob a ótica dos ensinamentos de Paulo Freire. *Revista Múltiplas Leituras*, v. 1, n. 2, p. 23-35, jul./dez. 2008.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *O que são direitos humanos*? 2014. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf. Acesso em: 8 jun. 2018.

PLATAFORMA DHESCA BRASIL. *Direito humano à educação*. 2009. Disponível em: https://www.cnte.org.br/images/stories/2012/cartilhaeducacaoacaojustica.pdf. Acesso em: 9 jun. 2018.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SIQUEIRA, Carlos Eduardo Pereira. O ensino jurídico é alienatório? *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 48-79, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Três teses equivocadas sobre os direitos humanos*. 2014. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/3teses.html. Acesso em: 8 jun. 2018.

Data de recebimento: 24/08/2018

Data de aprovação: 09/11/2018

ESTADO DE DIREITO, *ACCOUNTABILITY* E MECANISMOS DE CONTROLE DO JUDICIÁRIO COMO FORMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

STATE OF LAW, ACCOUNTABILITY AND MECHANISMS OF JUDICIAL CONTROL AS FORMS OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Marcelo Antonio Theodoro*
Vanderson Rafael Nascimento**

RESUMO

O presente artigo pretende abordar temas ligados ao controle da atuação do poder judiciário a partir da perspectiva de proteção de direitos e garantias fundamentais. É dizer, pretende discutir se, em sendo exercido um maior controle ou responsabilização do judiciário, poderia se falar em uma menor proteção de direitos fundamentais. Para tanto, é de bem registrar, então, que o artigo parte da premissa de que o poder judiciário atua como guardião na busca da proteção de direitos e garantias fundamentais, exercendo seu poder sobre os demais poderes, o que, por si só, denota a relevância do estudo dos mecanismos de controle do judiciário.

Palavras-chave: Poder; Controle; *Accountability*; Decisão judicial.

ABSTRACT

This essay intends to address issues related to the control of the judiciary's performance from the perspective of protection of rights and fundamental guarantees. In other words, it intends to discuss whether the exercise

---

* O presente artigo foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa "Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais", certificado pela UFMT e registrado no CNPQ conforme *link*: http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5042797295531333.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da disciplina de Direito Constitucional. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (Mestrado) na disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito Constitucional (GConst) na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. E-mail: m.theodoro@uol.com.br.

*** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Constitucional (GConst). Bolsista pelo Programa de Iniciação Científica (PIBIC-UFMT) pela Fapemat. E-mail: rafael.vanderson@gmail.com.

of a greater control or accountability of the judiciary could lead to less protection of fundamental rights. In order to do so, it must be stated, then, that this paper starts from the premise that the judiciary acts as guardian in the search for the protection of fundamental rights and guarantees, exercising its power over other branches, which in itself denotes only the relevance of the study of judicial control mechanisms.

Keywords: Power; Control; Accountability; Judicial decision.

INTRODUÇÃO

De há muito, o poder judiciário, sobretudo a partir da jurisdição constitucional, passou a ter papel ativo na proteção de direitos e garantias fundamentais consagrados nas cartas políticas dos Estados modernos. Mais do que isso, é fato que, por muitas vezes, atua quando os demais poderes trabalham de maneira insuficiente. Surge, portanto, um problema: como compatibilizar formas de controle ou de contenção do poder judiciário e, ao mesmo tempo, garantir a proteção de direitos fundamentais? Seriam, pois, estruturas conflitantes?

O presente ensaio pontua a hipótese de que não são formas conflitantes de atuação. Sendo a decisão judicial um ato de poder, nada mais democrático do que o controle do poder judiciário, controle este que pode ser exercido por meio de procedimentos preestabelecidos, pelo império do direito sobre as vontades pessoais e pela responsabilização de membros do judiciário, e, ao mesmo tempo, faz-se possível a garantia dos direitos das pessoas associadas a este contrato social a que chamamos de Estado.

Portanto, o objetivo geral é analisar alguns dos mecanismos clássicos e modernos de controle do poder estatal, e, em particular, aquilo que diz respeito ao poder judiciário. Já os objetivos específicos se referem à investigação dos motivos que levaram à criação de novos mecanismos da atuação jurisdicional, identificar como o poder judiciário se tornou uma forma de controle dos demais poderes e, ao fim, buscar respostas ao questionamento de como ele próprio (o judiciário) pode ser controlado.

Por fim, convém dizer que, por meio de revisão bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, e partindo-se da hipótese de que o desenvolvimento de mecanismos de controle também do poder judiciário é necessário à concretização de direitos fundamentais, procurou-se analisar suas implicações no processo de decisão judicial.

O PODER ESTATAL E SEUS MECANISMOS DE CONTROLE

O tema "poder", sob o ponto de vista fenomenológico, pode ser entendido como algo inerente às relações sociais, mas que não necessariamente envolve relações de abuso ou de atuação estatal. Entretanto, a partir do momento no qual

aquilo que denominamos *Estado*, tido como uma clara materialização e exteriorização dos poderes humanos[1], tomou para si a responsabilidade pelos indivíduos e limitou as liberdades individuais. De pronto, também se fez necessária a criação de mecanismos aptos a proteger os interesses dos associados – de si mesmos e, eventualmente, da própria organização criada. Em verdade, a ideia de controle surge como correlata à própria ideia de responsabilidade, tema abordado logo à frente. Nesse sentido, apesar de não ter sido o único mecanismo de controle criado, o que se denomina por *Estado de Direito*, ou império da lei, surge como uma mínima limitação do poder do soberano após anos de atuação imoderada.

Segundo Jeremy Waldron, o chamado Estado de Direito (*Rule of Law*) é um dos ideais políticos mais importantes de nosso tempo[2], sendo frágil, porém crucial, o conceito avocado contra atos de império que tentam impor suas vontades pela arbitrariedade e por ações opressivas, ou quando buscam apequenar normas e procedimentos estabelecidos nos ordenamentos jurídicos[3]. Em termos simplificados, portanto, Estado de Direito significa repúdio ao despotismo e à tirania. É ideal que privilegia, acima de tudo, a razão[4].

Pode-se dizer, em termos gerais, que as pessoas detentoras de autoridade devem exercer seus poderes dentro dos limites impostos pelas normas e em detrimento de suas próprias preferências, ideologias ou senso de certo ou errado[5]. É, em verdade, a atuação das instituições pautada no princípio republicano, sobretudo porque os poderes estatais não podem se sobrepor ao direito[6].

Por suposto, a transferência de poder da figura de um soberano para outras instituições (principalmente o legislativo) também se deu em razão da ascensão do indivíduo ao ponto central do estudo científico iluminista, ou seja, estabeleceu-se a consciência de que as pessoas precedem ao Estado, e este não é mais do que uma construção voltada para a promoção e reconhecimento de interesses individuais e coletivos – numa ideia de dimensão "defensiva" dos direitos fundamentais, que proíbe excessos e garante atuações.

---

1 HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Coleção Os Pensadores), p. 53.

2 WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law*. New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29, p. 3. Disponível em: http://digitalcommons.law.uga.edu. Acesso em: 24 out. 2017.

3 WALDRON, Jeremy. *Ibidem*, p. 5.

4 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais:* estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

5 WALDRON, Jeremy. *Ibidem*, p. 6.

6 LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder. *In:* STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 171.

Mas o reconhecimento, por si só, não acarreta a sua garantia. Diversas lutas foram travadas para a concretização e aperfeiçoamento, por outros instrumentos, do Estado de Direito. A revolução burguesa, por exemplo, buscou, entre outras coisas, a conquista da garantia da noção de legalidade. Se no princípio era a força e o absolutismo desfrutava de um *governo de* (poucos) *homens* e não um *governo das leis*[7], posteriormente a legalidade pôde suspirar e se insurgir contra o Estado Absolutista[8]. Se antes o soberano criava e executava as leis de acordo com suas vontades porque legitimado por um poder divino – portanto, ilimitado, já que o poder divino não possui limites[9]–, com o Estado de Direito em sua primeira versão, legalista, desmistificam-se crenças, e o poder passa a ser entendido como algo que se exerce no mundo fático e que pode ser limitado[10].

O tempo passou, e o século passado foi testemunha de diversas atrocidades contra a humanidade. Por diversas razões, as duas guerras mundiais desencadearam uma certa decepção com o legalismo e com a noção de democracia, principalmente aquela fundada na irrestrita soberania popular. As concepções de Direito e de Estado de Direito passam, pois, por transformações profundas diante do temor de que o puro e simples apego à lei poderia conduzir a circunstâncias ensejadoras de injustiças.

Se durante a concepção legalista havia a ideia de que o Estado de Direito seria violado quando não publicizadas as normas aplicadas, ou, por outro prisma, quando os agentes do estado atuavam com base em discricionariedade ao invés de aplicarem as normas preestabelecidas[11], após essa primeira "crise" foi preciso que os Estados passassem a privilegiar não apenas o conceito formal de Estado de Direito, mas também a dimensão substancial, de defesa de valores e direitos fundamentais[12].

A segurança jurídica passa a desempenhar um papel fundante. É dizer, só se reconhece o Estado de Direito como força no combate às injustiças quando este consegue evitar abusos e garante ao povo que as suas decisões serão estáveis

---

7 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional*: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26.

8 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ibidem*, p. 27.

9 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ibidem*, p. 26.

10 Atribui-se a Maquiavel essa transição do sentido de poder como algo divino a poder como uma realidade, ato que pode ser exercido e possuído no tempo e no espaço. Nesse sentido, cf. CHALITA, Gabriel. *O poder*: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 12.

11 WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law*. New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29, p. 6. Disponível em: http://digitalcommons.law.uga.edu. Acesso em: 24 out. 2017.

12 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais:* estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 53.

e aplicadas a todas as pessoas, sem distinção no correr do tempo. Não somente isso, a segurança jurídica, tal qual o império das leis, é incompatível com qualquer forma de arbitrariedade, porquanto necessária a estabilidade das decisões, efetivando-se, assim, as garantias dos cidadãos[13].

Por corolário, o devido processo surge para disciplinar o poder estatal de decidir e impor suas decisões, garantindo a concordância às normas legais e a participação dos envolvidos. Em contraditório, promove a segurança jurídica porque as partes terão ciência, de antemão, dos procedimentos que serão realizados.

A toda evidência, o desrespeito ao devido processo legal surge como um desrespeito à segurança jurídica e ao Estado de Direito, já que todos estão intimamente interligados. E estes três mecanismos não são os únicos meios de controle do poder estatal, sendo apenas mais um exemplo a separação dos poderes. Por ora, todavia, basta anotar que o controle da tirania recebe outros contornos na contemporaneidade – conforme se verá mais à frente –, mas é certo que inúmeras formas de controle decorrem diretamente do próprio Estado de Direito e dizem respeito à administração imparcial, separação de poderes e independência do judiciário[14], temas logo à frente analisados.

A INSUFICIENTE CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE DIVISÃO DE PODERES PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS

Desde há muito discute-se a divisão dos poderes do Estado[15]. A concepção adotada em nosso país, de divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, contribuição atribuída a barão de Montesquieu[16], carrega consigo a vontade de controle do poder, já que a divisão possibilita um controle e uma fiscalização mais eficiente.

Essa concepção, em sua vertente clássica liberal, pretende que os poderes tenham cada um sua própria atividade típica, sendo harmônicos e independen-

---

13 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais:* estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 62.

14 WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law.* New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29. Disponível em: http://digitalcommons.law.uga.edu. Acesso em: 24 out. 2017. p. 8.

15 De proêmio, convém dizer que o presente estudo utiliza a palavra "poderes" para se referir ao executivo, legislativo e judiciário, embora entenda que não exista poderes, mas, sim, divisões de um único poder pertencente ao Estado. Trata-se de compartimentalização da atuação estatal para melhor gerir o país.

16 Claro que há temperamentos na construção de Montesquieu para a adotada hodiernamente, conforme se pode extrair de sua construção no livro *Do espírito das leis*, principalmente no conceito inicial de extensão do poder e forma de escolha dos atores, mas é possível dizer que serviu de base para a construção moderna de separação das atribuições.

tes, ainda que inicialmente não se pretendeu dar maior relevância ao judiciário, que não deveria ter qualquer proeminência, sendo *nulo*[17].

Com o passar do tempo, o aumento da complexidade das relações sociais e destas para com o Estado fizeram crescer o número de questões postas sob o crivo do poder judiciário, sendo que, nesta quadra da história, nada (ou quase nada) fica de fora do crivo do judiciário[18]. Convém indagar, todavia, quais foram os motivos desse crescimento, bem como qual foi o grau de importância dado ao poder judiciário nesse cenário.

Como uma primeira forma de justificação, o aumento da atuação do judiciário se deu porque há uma crise no sistema representativo de governo, já que deixa de cumprir os ideais de justiça e igualdade, objetivos democráticos incorporados às modernas constituições[19]. Ou seja, justamente por haver o descumprimento de deveres ou a insuficiência na atuação por parte daqueles que foram elevados ao poder por meio do voto é que brota a esperança de que a atuação judicial seja condição *sine qua non* para a concretização da igualdade e da justiça na sociedade.

De modo paralelo, outro elemento justificativo do protagonismo seria a própria concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito, uma vez que proporciona nova consciência nas esferas dos poderes dos estados, sobretudo em razão dos novos papéis dos poderes assumidos a partir do comumente chamado *constitucionalismo*[20], isto é, o ideal de Estado Democrático de Direito fez com houvesse a necessidade de repensar as relações dos estados com os indivíduos, uma vez que as Constituições, inclusive a do Brasil, legitimam a atuação do judiciário e destacam sua especial relevância.

Por fim, mas não menos importante, uma terceira premissa a justificar o gradual aumento do protagonismo jurisdicional relata esse fenômeno como sendo uma consequência. A evolução das tecnologias, a revolução das ciências, as intervenções no meio ambiente, os novos conceitos de institutos jurídicos etc. tornaram necessária a atuação do Estado no sentido de criar leis que visassem à resolução dos possíveis efeitos colaterais decorrentes desses fenômenos, denominados *externalities*[21]. A criação de preceitos legislativos para essa regulação se mostrou campo fértil para esse aumento extremo do poder do judiciário.

---

17 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 172.

18 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 24.

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 2008, p. 443. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 3 nov. 2017.

20 STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. *In:* STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 54.

21 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 39.

Dito de outra forma, essa infensa e possível propagação de *externalities* exigiu dos parlamentos a criação de *direitos sociais,* com vistas à diminuição dos efeitos e/ou prevenção desses danos. Esses direitos sociais – assim entendidos em razão da abrangência, uma vez que não atingem apenas uma individualidade, mas, sim, todo um corpo social –, necessitam de atuação estatal ativa para sua garantia, não bastando a simples omissão estatal, tal qual nas liberdades individuais (direitos de primeira geração). Ou seja, direitos sociais (a exemplo da assistência médica e social, habitação, trabalho etc.) não podem ser simplesmente "atribuídos" aos indivíduos, sendo necessária a adoção de ações estatais permanentes "com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas"[22-23].

As ações realizadas pelos Estados para garantir o cumprimento dos mandamentos legais criados consistiam em organizar e tornar mais complexo o poder administrador, que executava os mandamentos legislativos, sendo um dos motivos pelo qual se diz que "o *welfare state*, na origem essencialmente um 'estado legislativo', transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em 'estado administrativo'"[24]. Portanto, se antes havia um protagonismo crescente do legislativo para que fosse possível atribuir novos direitos e garantias à população, posteriormente coube ao estado-administrador o dever de implementá-los.

Entretanto, mesmo a atuação do administrador não foi suficiente para atender satisfatoriamente aos anseios da população e, por diversos motivos, os entes representativos não eram suficientes no sentido de garantir os direitos legislados – principalmente para as minorias, já que a atuação também era vinculada à política e à população que a elevou –; portanto, houve um apelo ao judiciário para a garantia de direitos. Na verdade, é de bem registrar que a crescente atuação do judiciário também ocorreu em razão da universalização da possibilidade de acesso, o que fez com que os mais pobres pudessem ter acesso às políticas públicas por meio do Estado-juiz, naquilo que comparativamente Daniel Sarmento denomina, guardadas as devidas proporções sobre seu estudo, *direito ao reconhecimento*, uma das dimensões da dignidade humana[25].

---

22 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 41.

23 Não se olvida, todavia, a posição de que a passagem para o Estado Social se deu sobretudo porque os direitos subjetivos podem ser lesados tanto pela ação quanto pela omissão do Estado. E, por ser assim, os indivíduos, em busca de fazer nascer uma igualdade jurídica onde havia uma desigualdade de fato, por meio da legitimação democrática do legislador, criam direitos sociais a fim de garantir-lhes condições mínimas de equivalência. Nesse sentido, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. p. 170.

24 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 39.

25 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologias. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Novamente, e para frisar, se de início havia uma atuação do poder legislativo como forma de criação e garantia de direitos, após esse período houve uma migração do protagonismo para o executivo, uma vez que a previsão legal de *per si* não é suficiente para a garantia dos direitos. Quando, por último, ainda permanecia o descumprimento das normas, ao judiciário coube um espaço maior de fala amparado na concepção de que os tribunais ou juízes não podem simplesmente deixar de atribuir direitos a quem os possui quando chamado a se manifestar.

A mudança de paradigmas acima exposta, porém, não se deu de maneira simples, uma vez que o caminho de transição das funções entre os poderes se deu lentamente e não sem maiores discussões. De bem registrar, aliás, que, durante o percurso de transição, no mínimo duas concepções contrastantes se formaram acerca da função do judiciário.

A primeira, tomada a partir de uma visão clássica de divisão dos poderes, entendeu que caberia aos tribunais e juízes serem fiéis à concepção de que apenas desempenhavam um papel silogístico do direito (numa espécie de "juiz boca da lei"), não havendo qualquer possibilidade de se contraporem aos demais poderes ou atuar na omissão daqueles[26].

Segundo Cappelletti, nesta estrutura de somenos importância do judiciário, a sociedade inevitavelmente perceberia a necessidade de criação de outros organismos, *quase judiciários*, que teriam como fim o controle dos "poderes políticos", agindo contra os eventuais abusos dos órgãos representativos[27].

Entretanto, se de outro modo entendida como insuficiente a visão tradicional dos limites da função jurisdicional, já que a própria garantia de direitos e controle dos abusos exige atuação proativa, cumpre ao judiciário elevar-se ao mesmo *status* dos outros poderes, tornando-se, enfim, o *terceiro gigante*. Dito de outro modo, sendo escolhida a segunda opção, o judiciário ultrapassa o papel tradicional, tornando-se o guardião e controlador dos poderes políticos do novo Estado Leviatã[28].

O modelo brasileiro atual, ao que nos parece, pretende o judiciário a partir da segunda concepção, pautando-se por uma busca do equilíbrio e por um sistema de freios e contrapesos.

---

[26] Postura denominada "positivismo exegético" ou "primevo". Para mais apontamentos, inclusive quanto à superação da perspectiva, cf. STRECK, Lenio Luiz. *Decisión jurídica y poder judicial*: un debate acerca de la autonomía del derecho. Printed By: Schaltungsdienst Lange o.H.G, Berlin. Editorial Académica Española. 2015, p. 38 e seguintes.

[27] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 47.

[28] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 49.

Os problemas da ascensão de um judiciário atuante: a pretensão de legitimidade

Como visto acima, sobretudo nas últimas décadas, o aumento da atuação jurisdicional se tornou um fato, principalmente em sociedades cujas Constituições, além de impor ao judiciário o dever de cumprir determinados deveres, consagram um sem-número de direitos e garantias à população.

Acontece que, se, de um lado, na busca da concretização de direitos, a ideia de aumentar os poderes do judiciário parece adequada para que haja a proteção no maior grau possível, de outro, pode-se dizer que essa opção institucional de ampliação pode contribuir para o amesquinhamento do sistema representativo[29]. Portanto, como era de se esperar, a análise e críticas das possíveis consequências do crescimento do poder do judiciário surgiram em diversos níveis, que, a seguir, procurar-se-á expor.

Um primeiro grau argumentativo à crítica questiona a legitimidade política do judiciário de julgar uma lei inconstitucional, por exemplo, porque isso apenas demonstra o poder bruto deste órgão de traços aristocráticos[30]. A função política, em um sistema democrático, deve(ria) ficar reservada aos próprios órgãos representativos, uma vez que o controle do acerto das decisões políticas deve ser feito de forma democrática[31].

Ademais, partindo-se da premissa de que quanto maior for o sistema democrático maior seria a liberdade dos juízes, argumenta-se que essa independência resultaria em uma menor responsabilização e uma menor *prestação de contas* de suas decisões à população[32], em razão de não ser vinculado a outros poderes, o que traria consequências reprováveis, visto que "até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática"[33].

Como era previsto, inúmeros outros argumentos surgiram para justificar o aumento do exercício do poder por juízes. Com o intuito de refutar a chamada "crise de legitimidade do judiciário", aduz-se que nem mesmo um sistema democrático-representativo se traduz como representação direta da vontade do

---

29 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 2008, p. 443. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 3 nov. 2017.

30 POLI, Vinícius José. We, (afraid of) the people. Controle judicial de constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. *Revista Digital de Direito Público*, São Paulo, USP, v. 1, 2012, p. 2. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/periodicos. Acesso em: 3 nov. 2017.

31 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Ibidem*, p. 446.

32 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 93.

33 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 94.

povo. Na verdade, essa ideia de representatividade acontece diuturnamente em menor grau, sobretudo porque muitas decisões refletem apenas a vontade política de certos centros de poder[34].

Outrossim, e particularmente em países cuja base é o *common law*, o próprio judiciário não é inteiramente privado de representatividade porque os juízes são escolhidos por critérios eletivos[35]. É claro que o argumento acima não guarda inteira pertinência em países de *civil law*, todavia impende registrar que cada vez mais essa diferença entre ambos os sistemas vem sendo matizada (quinto constitucional e atuais critérios de escolha dos ministros do STF, *e.g.*), o que faz com que haja representação política inclusive no judiciário, sendo tendência mundial[36], ainda que passível de críticas.

Ademais, não se deve olvidar para o fato de que os tribunais trazem ao sistema de participação direta da população uma nova nota: o acesso ao *judicial process* garante a participação daquelas pessoas e grupos que de outro modo não teriam condições de obter acesso ao *political process*[37]. Ou seja, resta claro que o processo jurisdicional pode ser até mais participativo do que aquele do sistema representativo, porque assegura o lugar de fala perante o judiciário a um maior número de pessoas[38].

Outra linha de defesa da atuação dos magistrados parte de base argumentativa diversa e sustenta que o judiciário é um ramo cuja própria natureza e estrutura o faz ser "menos perigoso", justamente em razão de sua tradição de independência política e isolamento[39]. Tal pensamento remonta os séculos e é utilizado desde a publicação de diversos artigos confeccionados logo após a promulgação da Constituição dos EUA, que, posteriormente compilados, tornaram-se parte do livro *Os federalistas*.

No ensaio de n. 78, Alexander Hamilton apregoou no sentido de que:

> O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo[40]. (Grifos nossos)

---

34 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 95.
35 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 96.
36 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 97.
37 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 99.
38 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 100.
39 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 49-50.
40 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 458.

Percebe-se que sua argumentação se restringe no sentido de que, embora possa haver alguma opressão individual partindo das cortes de justiça, de maneira geral a liberdade da população não será ameaçada pelo judiciário enquanto ele for livre dos demais poderes[41].

O controle de constitucionalidade, nesse contexto de defesa do judiciário, não seria uma forma de manifestação de seu poder, uma vez que, mesmo havendo discrepância entre entendimentos acerca de quaisquer leis e a Constituição, é a Carta Política que deve prevalecer[42], o que não significa sua superioridade sobre os outros órgãos. Ou seja, ao judiciário cabe apenas a exposição da vontade (poder) do povo, maior do que dos demais órgãos estatais[43].

Portanto, a existência desse Poder Jurídico independente e imparcial se faz premente principalmente em países cujos órgãos representativos podem ser corrompidos por outros grupos[44], não havendo razão para sustentar uma posição inferior do judiciário no cenário brasileiro.

NOVOS CONTORNOS DO CONTROLE DO CRESCIMENTO ESTATAL

Conforme já demonstrado anteriormente, é evidente que o nosso século tem assistido ao enorme crescimento da atuação estatal, de maneira que essa interferência legislativa e administrativa no ambiente da vida social se tornou uma realidade em nosso tempo. Se antes o poder exercido pelos órgãos representativos era maior em relação àquele exercido pelo judiciário, a partir da nova significação da atuação jurisdicional, faz-se necessário analisar os limites do próprio judiciário diante do novo modelo de organização proeminente atrás apontado. Questiona-se, portanto, como construir um sistema de controle adequado sem que isso importe na supremacia de qualquer dos poderes.

Embora seja passível de críticas, é difícil perceber um sistema eficaz de contrapesos que possa hoje ser exercido sem a atuação do judiciário[45]. Assim, apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir *três poderes fortes* capazes de atender às necessidades das pessoas.

Em outras palavras, ainda que os juízes se tornem burocratas distantes, isolados do tempo e da sociedade, um sistema democrático sadio pode intervir

---

41 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Idem, ibidem*.

42 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Ibidem*, p. 460.

43 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Idem*, *ibidem*.

44 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional*: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34.

45 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 52-53.

e corrigir satisfatoriamente essa situação, mediante instrumento de controles recíprocos[46].

Não se busca o controle do judiciário na modernidade apenas porque se exige do judiciário uma atuação transparente e pautada em diversos princípios de índole instrumental/procedimental, mas, sim, como forma de garantir, de maneira substantiva, a proteção de direitos. Por essa razão, o controle do judiciário recebe novos ares e passa a ser visto também a partir da chamada *accountability* e da fundamentação das decisões judiciais, importantes formas de garantia da população na atuação e de responsabilização dos atos do judiciário, sobretudo na tomada de decisões.

Accountability

Não existe uma tradução que melhor expresse o sentido da palavra *accountability* para o português, sendo, desde logo aqui explicitado, que será utilizada a expressão *responsabilização* como sinônimo.

Em linhas rasas, e, em nosso contexto, a palavra representa as formas de controle utilizadas para limitar a atuação estatal. Principalmente no que diz respeito ao controle do exercício dos órgãos da administração pública, trata-se de meios pelos quais a população constrange as instituições a partir de critérios democráticos.

No Brasil, o fundamento último deriva da Constituição da República de 1988, uma vez que, logo em seu primeiro artigo, está expresso o princípio republicano de responsabilização dos órgãos estatais. A partir de sua leitura, tem-se que todo o poder emana do povo, razão pela qual seus representantes devem prestar contas de suas atividades àquela que direta ou indiretamente lhe incumbiu daquela função (isto é, a população). Perceber que o poder emana do povo faz com que haja expectativas de que as ações estatais sejam pautadas por padrões mínimos de correspondência aos anseios da população em relação ao funcionamento das instâncias e da justiça[47].

Historicamente, a ideia de responsabilização surge com as revoluções burguesas, haja vista que, à época, mesmo os detentores de poder econômico não guardavam o poder de mando, e o cidadão nada podia fazer contra seus governantes. Se antes o rei não errava, não respondendo por seus atos mesmo quando exorbitantes, após as revoluções, houve gradativa transferência da soberania para

---

46 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 100.

47 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014. p. 352. Disponível em: http://www.ajuris.org.br. Acesso em: 20 nov. 2017.

a população[48], o que implicou o reconhecimento dos erros daqueles que exercem funções no Estado. Nesse cenário, a *accountability* serve para que o Estado democrático se mantenha fiel aos desejos do soberano (povo), sendo o voto instrumento para a democracia.

Demais disto, a evolução trouxe consigo outros meios de se pensar a responsabilização dos agentes estatais, sendo hoje evidente a possibilidade de ser exercida de duas formas: i) os cidadãos controlam o poder diretamente, ou ii) outro servidor público controla seus pares (prestação de contas, sanção ao agente público que não tenha agido a contento etc.). *Accountability vertical* e *accountability horizontal*, respectivamente.

Em breve síntese, no que diz respeito aos poderes legislativo e executivo, o controle é exercido, via de regra, pela via política denominada *accountability vertical*, porquanto a decisão pela manutenção (ou não) dos representantes anteriormente eleitos se dá pelo poder soberano do povo, por intermédio principalmente do voto. Por outro lado, a criação de agências, conselhos, órgãos fiscalizadores em geral etc., nas quais os servidores decidem sobre as condutas de seus pares, é espécie de controle imediato dos atos denominada *accountability horizontal*.

Como incipiente forma de *accountability*, ainda que não tenha utilizado a expressão segundo Mauro Cappelletti, a responsabilização dos magistrados pode ocorrer em diversos níveis, desde político, social, jurídico e pessoal[49]. Sabe-se, porém, que o judiciário não é eleito pelo voto, e a *accountability*, por óbvio, não acontece nos exatos termos que nos poderes representativos, realçando contornos próprios. É o que se pretende demonstrar no tópico a seguir.

Responsabilização e o conselho nacional de justiça

A discussão acerca da possibilidade de criação ou não de formas de controle do judiciário é ampla e propaga-se no tempo. No Brasil, se, de um lado, a Constituição de 1988 prevê a autonomia dos tribunais, de outro, introduz a possibilidade de responsabilização dos magistrados por seus atos na forma da lei complementar da magistratura.

Em 2002, com o intuito de ampliar as possibilidades de responsabilização daqueles que exercem e dizem o direito por meio de decisões judiciais, por meio da Emenda Constitucional n. 45, criou-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

---

48 Trecho da palestra "Os desafios da *accountability* judiciária no Brasil" proferida no XXVI Encontro Nacional do Conpedi, em Brasília – DF, proferida pelo Prof. Arthur Gomes Castro no painel temático do dia 20 de julho de 2017.

49 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989. p. 36.

órgão de controle horizontal da atuação do judiciário[50]. Contudo, embora conceitos como transparência, descentralização, substituição de valores, moralidade etc. sejam características da responsabilização do Estado "perfeitamente ajustáveis a um modelo de *accountability* no Poder Judiciário"[51], após a implantação do CNJ, diversas ações judiciais foram movidas, buscando limitar a atuação do órgão.

Argumentou-se que o modelo de liberdade do judiciário não se compatibiliza com seu controle, porque órgão administrativo não poderia controlar órgãos judiciais. Não parece ser o caso, e a discussão vai além.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (United Nations Development Programme), a promoção de um judiciário independente e imparcial é extremamente necessário para um governo de leis e para a democracia, porque serve à proteção dos direitos humanos e liberdades individuais, bem como para garantir um sistema de contrapesos ao governo. Quando a corrupção ocorre no judiciário, ela mina os princípios da justiça e do devido processo legal, o que mina a confiança pública, acarretando consequências desagradáveis. Ademais,

> It erodes the public confidence that judicial outcomes are just and without undue pressure or influence from outside. Where this lack of confidence is strong and has become commonplace, it can weaken the legitimacy of an institution and the faith in democratic governance[52].

Ou seja, a falta de confiança no judiciário pode fazer com que a legitimação da instituição e a crença na democracia venham ao chão, o que prejudica o Estado de Direito, afinal.

Infelizmente, segundo a publicação do Programa, pesquisas realizadas em cerca de 95 (noventa e cinco) países demonstraram que, em média, o judiciário é visto como o segundo setor mais vulnerável à corrupção, atrás apenas da polícia[53]. Outrossim, a corrupção nos órgãos do judiciário afeta o acesso à justiça das populações pobres e marginalizadas, uma vez que não conseguem suportar o pagamento dos subornos ou não têm acesso às redes de influência[54].

---

50 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014, p. 355. Disponível em: http://www.ajuris.org.br. Acesso em: 20 nov. 2017.

51 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Ibidem*, p. 352.

52 "Isso [a corrupção] corrói a confiança do público de que os resultados judiciais são justos e sem pressão ou influência indevida do exterior. Onde esta falta de confiança é forte e se tornou comum, pode enfraquecer a legitimidade de uma instituição e a fé na governança democrática (tradução livre)". UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016, p. 12. Disponível em: http://www.undp.org. Acesso em: 20 nov. 2017.

53 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 13.

54 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 14.

Nesse sentido, nos locais em que não há resolução dos problemas dos mais pobres, ou nos quais ela se dá em desacordo com a lei ou há falhas em proteger os direitos das pessoas vulneráveis, a administração da justiça pode tragicamente contribuir para a manutenção ou aumento das condições de exclusão e marginalização[55].

Portanto, extremamente necessário encontrar o equilíbrio entre independência e *accountability*, sobretudo porque significa que o judiciário deve encontrar maneiras de desenvolver estruturas e procedimentos adequados para assegurar a integridade e a própria responsabilização de seu corpo[56]. Não é possível que o Judiciário, por mais bem-intencionado que seja, não se submeta a nenhum tipo de controle.

Ainda segundo o Programa das Nações Unidas, medidas como o desenvolvimento dos sistemas de informação, comunicação e tecnologia atrelados ao judiciário têm grande potencial para tornar a instituição mais eficiente, transparente e responsável[57], mais ainda porque os julgamentos e decisões são submetidos ao escrutínio público com rapidez. No caso específico do Brasil, percebe-se que, nas últimas décadas, houve um aumento da publicidade das decisões judiciais, e os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, *e.g.*, passaram a ser televisionados.

E, nesse cenário, o CNJ tem exercido papel fulcral de fiscalização e, inclusive, de punição dos órgãos do poder judiciário. Ou seja, embora a *accountability* não seja sua única função, é uma das mais importantes, haja vista que o Conselho tem como mister e atua "para valorizar uma atividade fundamental junto à sustentação da democracia e das instituições: a aplicação da justiça"[58], inclusive porque possibilita a participação direta dos jurisdicionados a partir da Reclamação Disciplinar, feita diretamente perante o órgão, caracterizando-se uma nova forma de administrar a coisa pública e a justiça[59].

Especificidades da responsabilização do judiciário

A responsabilização judicial, sendo aquela que submete especificamente o judiciário a espécies de responsabilização, além de, via de regra, ser horizontal, pode ser dividida em decisional, comportamental e institucional[60].

---

55 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 15.

56 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016, p. 25. Disponível em: http://www.undp.org. Acesso em: 20 nov. 2017.

57 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Ibidem*, p. 35.

58 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014. p. 349. Disponível em: http://www.ajuris.org.br. Acesso em: 20 nov. 2017.

59 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Ibidem*, p. 364.

60 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Idem*, *ibidem*.

A decisional corresponde à possibilidade de se requerer informações e justificativas aos juízes a partir das decisões judiciais já tomadas, ou perquirir os motivos pelos quais há o postergamento para a tomada de decisões judiciais. A comportamental sustenta a ideia de censura a comportamentos do próprio magistrado, inclusive fora da atuação judicante, desde que estes contrariem valores como honestidade, integridade, produtividade etc. Por último, a responsabilização institucional busca o controle de questões ligadas a administração, orçamento, relação com os demais poderes etc.[61], uma vez que, embora não seja sua função típica, o judiciário também atua administrativamente.

É de bem frisar que, embora haja a possibilidade de exercer a *accountability* decisional, ao CNJ não é dado, à primeira vista, o poder de rever o conteúdo de decisões judiciais, uma vez que tal atitude "faria com que a sua natureza fosse desvirtuada, deixando de ser agência administrativa de controle gerencial e comportamental, e passando a ser instância revisional de correção"[62]. Essa posição de incompetência do CNJ em valorar questões jurisdicionais tem sido reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive.

Contudo, segundo o professor Arthur Gomes Castro, em palestra proferida em mesa de debate do XXVI Encontro Nacional do Conpedi, conquanto a regra seja de que só pode haver insurgências contra as decisões judiciais por meio de recursos e sucedâneos recursais, nos casos extremos, em que a decisão é manifestamente teratológica, discute-se a possibilidade de cassação do *decisum* administrativamente. Isso porque há casos em que o magistrado viola regras de conduta que indiretamente ferem normas jurídicas. Neste cenário, a *accountability* decisional interviria conjuntamente com a comportamental, fazendo com que a valoração negativa do comportamento traga, por consequência, a nulidade da decisão judicial porque exarada por quem não tinha higidez de fazê-lo adequadamente. Assim, para o palestrante, ao julgar um comportamento que afasta a investidura do juiz porque afronta regras de conduta, por consequência, o Conselho Nacional de Justiça também poderia afastar a decisão judicial.

Entretanto, esta não é a função precípua do CNJ. Não se trata de uma nova instância recursal. Ainda que a decisão seja manifestamente incorreta, as partes possuem recursos adequados e sucedâneos recursais para fazer valer a legislação. Dois erros não fazem um acerto no mundo jurídico.

Os intérpretes do direito devem entender que a autoridade em que são investidos deriva do povo, para a população, devendo entregar a justiça efetiva-

---

61 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014, p. 364-365. Disponível em: http://www.ajuris.org.br. Acesso em: 20 nov. 2017.

62 SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Ibidem*, p. 366.

mente[63]. Nesse diapasão, a justiça não deve ser alcançada a qualquer custo, e o preço de uma democracia é cobrado justamente nos momentos em que se faz necessário confiar nas instituições, e não no voluntarismo dos atores do processo judicial.

O CONTROLE DAS DECISÕES A PARTIR DA SUA FUNDAMENTAÇÃO

Percebido o fato de que ao juiz não é dada a possibilidade de se abster de concretizar direitos presentes no ordenamento, a discussão agora se dá em níveis de argumentação, principalmente porque a legislação se limita, por diversas vezes, a apenas prescrever finalidades e princípios gerais, cabendo ao aplicador do direito a tarefa de concretizá-los[64].

Em razão da existência de uma legislação repleta de conceitos vagos, indeterminados, segundo afirmaria Hart, o magistrado passa a ter escolhas (discricionariedade[65]) e responsabilidades políticas em suas decisões. Por óbvio, porém, que essa atividade discricionária não significa necessariamente desapego à lei ou uma diferença conceitual entre os juízes de hoje e os de ontem.

Ou seja, sempre houve espaço para o chamado *poder criativo* do intérprete. O fenômeno hodierno só demonstra a maximização da atuação do judiciário e também uma *revolta ao formalismo*[66], porque movimento que tendia à acentuação da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, em busca da eliminação de voluntarismos e discricionariedades[67].

Evidente, porém, é a necessidade de controlar a atuação criativa restringindo a interferência de elementos externos no processo decisional. Como já dito alhures, existem diversas maneiras de controlar a atuação do estado-juiz, sendo uma das mais valiosas a fundamentação das respostas judiciais.

A toda evidência, o "grau de "exposição" e de controle das decisões por parte da coletividade também pode fazer com que os magistrados se tornem bem mais responsáveis perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos não expostos a tal fiscalização continuada do público[68], o que demonstra, por si só, a importância da fundamentação.

---

63 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016. Disponível em: http://www.undp.org. Acesso em: 20 nov. 2017. p. 50.

64 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 41.

65 HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 158 e seguintes.

66 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 31.

67 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 32.

68 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 98-99.

Para o bem e para o mal, a fundamentação das decisões judiciais tem valor "enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis 'ao sentimento de equidade e justiça da comunidade'"[69]. Ao fim e ao cabo, a necessidade de fundamentação faz com que a produção judiciária tenha a *potencialidade* de ser altamente democrática[70], sobretudo porque em outros processos de decisões políticas (em sentido amplo) o povo não participa tão ativamente.

CONCLUSÃO

Como se viu, o caminho traçado para a construção de modelos voltados à proteção de direitos e garantias fundamentais foi longo e cheio de pedras. Primeiramente, foi necessário garantir a construção de um modelo que controlasse minimamente o poder do soberano para só então passar ao reconhecimento e consagração de direitos. Todavia, apenas o reconhecimento não garante sua efetivação. Neste momento, o judiciário surge como poder necessário à consecução e proteção de direitos violados.

Como era de se esperar, inúmeras foram as críticas à atuação do judiciário, sobretudo em relação à legitimação representativa. Contudo, um modelo de freios e contrapesos necessita da atuação de um órgão que não seja exatamente representativo justamente em razão da proteção que deve ser dada às minorias, uma vez que a democracia não é apenas um governo da maioria mas também um governo que respeita o direito das minorias.

Sendo assim, de modo a garantir a legitimidade das decisões judiciais e para que sejam protegidos os direitos dos cidadãos, dado que o poder judiciário não pode ficar vinculado às concepções políticas dominantes, para além da responsabilização de juízes (*accountability*), surge a necessidade de fundamentação das decisões judiciais como mecanismo fundamental no controle do poder judiciário.

Por fim, registre-se que, para o bem e para o mal, a noção de democracia e de império do direito impõem uma atuação do judiciário pautada por meio de procedimentos racionais e inteligíveis. Portanto, verifica-se a ocorrência da hipótese levantada, corroborando o entendimento de que a decisão judicial não é apenas um ato de poder arbitrário, mas, sim, um ato estatal que deve ser controlado por meio dos instrumentos expostos, sobretudo por meio da fundamentação, sendo tal desiderato necessário para o bom desenvolvimento de uma sociedade contemporânea baseada na igualdade, no respeito e na democracia participativa real.

---

69 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 98.
70 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem*, p. 105.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

CHALITA, Gabriel. *O poder*: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional*: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichle. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Coleção Os Pensadores).

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder. *In:* STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais:* estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

POLI, Vinícius José. We, (afraid of) the people: controle judicial de constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades. *Revista Digital de Direito Público*, São Paulo, USP, v. 1, 2012. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/periodicos. Acesso em: 3 nov. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologias. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Accountability* e poder judiciário: das razões de existir do conselho nacional de justiça. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014. Disponível em: http://www.ajuris.org.br. Acesso em: 20 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. *In:* STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisión jurídica y poder judicial*: un debate acerca de la autonomía del derecho. Printed By: Schaltungsdienst Lange o.H.G, Berlin. Editorial Académica Española, 2015.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A transparent and accountable judiciary to deliver justice for all*. Thailand: UNDP, 2016. Disponível em: http://www.undp.org. Acesso em: 20 nov. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em: 3 nov. 2017.

WALDRON, Jeremy. *The concept and the rule of law*. New York: New York University School of Law, 2008. Sibley Lecture Series. Paper 29. Disponível em: http://digitalcommons.law.uga.edu. Acesso em: 24 out. 2017.

Data de recebimento: 15/06/2018

Data de aprovação: 03/10/2018

EXECUTORIEDADE NO BRASIL DAS OBRIGAÇÕES EXTRAPECUNIÁRIAS DE SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE ENFORCEMENT OF NON-PECUNIARY OBLIGATIONS IN JUDGMENTS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

*Pedro Pulzatto Peruzzo**
*Ana Clara Rocha da Costa***

RESUMO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos funciona como organismo regional de cooperação internacional para a garantia e a promoção dos direitos humanos, especialmente por meio da Comissão e da Corte Interamericana. A Corte recebe anualmente denúncias e pareceres de violações ocorridas nos países vinculados a sua jurisdição, sendo o Brasil um deles. As condenações na Corte têm caráter pecuniário e extrapecuniário, compreendendo obrigações de fazer e não fazer, como implementação de projetos de conscientização e reparação compensatória. A parte pecuniária da condenação pode ser executada no âmbito interno seguindo os mesmos trâmites da execução de sentença contra o Estado, conforme disposição da Convenção Americana de Direitos Humanos. No entanto, em relação às sanções de caráter extrapecuniário, não existe alinhamento doutrinário e jurisprudencial no Brasil esclarecendo os meios para sua execução. Partindo de um estudo documental das decisões da Corte Interamericana envolvendo o Brasil e um estudo teórico sobre a importância das indenizações compensatórias de caráter extrapecuniário para casos de graves violações a direitos humanos, sustentaremos, com respeito às normas internacionais e nacionais, como o Código de Processo Civil, que também a parte extrapecuniária das sentenças da Corte tem executoriedade direta e imediata.

* Professor pesquisador da Faculdade de Direito da PUC Campinas. Advogado, mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. E-mail: peruzzopp@hotmail.com.

** Advogada formada pela PUC Campinas. Bacharela em Ciência Política pela Unicamp. E-mail: anaclara_rc@hotmail.com.

Palavras-chave: Sistema interamericano de direitos humanos; Direitos humanos; Cooperação internacional; Obrigações extrapecuniárias; Execução de sentença.

ABSTRACT

The Inter-American Human Rights System has functioned as a regional instance of international cooperation to guaranteeing and promoting human rights, especially through the Commission and the Inter-American Court. The Inter-American Court receives annually several reports of violations occurring in countries bound by its jurisdiction, such as Brazil. The indemnities provided for in the Court's judgments are pecuniary, but may also be non-pecuniary, including obligations to do and not to do, such as the implementation of compensatory awareness and reparation projects. The pecuniary part of the sentence may be executed internally following the same procedures as the execution of a judgment against the State, in accordance with the provisions of the American Convention on Human Rights. However, in relation to non-pecuniary sanctions there is no doctrinal and jurisprudential understanding in Brazil clarifying the means for its execution. Based on a documentary study of the decisions of the Inter-American Court involving Brazil and a theoretical study on the importance of compensatory compensations of extra-pecuniary character in cases of serious violations of human rights, we will present the proposal, with respect to international and national standards, that also the extra-pecuniary part of the Court's judgments is directly and immediately enforceable.

Keywords: Inter-american system of human rights; Human rights; International cooperation; Non-pecuniary obligations; Sentence execution.

INTRODUÇÃO[1]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tribunal regional integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos. O Brasil reconheceu sua jurisdição, por meio do Decreto n. 4.463/02, para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Desde então, o Brasil sofreu várias condenações, a exemplo do caso Damião Ximenes Lopes, pela morte violenta da vítima dentro de uma Casa de Repouso (clínica psiquiátrica) vinculada à rede pública de saúde no Ceará; o caso Escher, pelo grampo ilegal de ligações telefônicas de membros de associações de traba-

[1] Agradecemos aos(às) avaliadores(as) as críticas e sugestões. Todas foram fundamentais para o aprimoramento do texto e das reflexões que estamos propondo.

lhadores rurais no Paraná; o caso Sétimo Garibaldi, pela não responsabilização dos culpados e pela morte do trabalhador rural em desocupação de assentamento também no Paraná; o caso Gomes Lund e outros relativo à Guerrilha do Araguaia, pelo desaparecimento forçado de opositores à ditadura civil-militar na década de 1970; o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, pela ocorrência de trabalho escravo; o caso Rosa Genoveva, Favela Nova Brasília, no qual o Brasil foi condenado por não realizar as devidas investigações de duas chacinas cometidas por policiais que resultaram na morte de vinte e seis moradores de comunidades do Rio de Janeiro, e, os mais recentes, as condenações do Brasil pela omissão na desintrusão das terras do povo indígena Xucuru e por não investigar e punir a morte do jornalista *Vladimir Herzog*.

Na maioria desses casos, o Brasil foi condenado a cumprir determinadas obrigações de caráter pecuniário, envolvendo indenizações e reparações a título de danos morais, e penas de caráter não pecuniário, sendo, em regra, a investigação e condenação interna de responsáveis pelas violações e também a implementação de políticas públicas em determinadas áreas relacionadas a cada caso e adoção de medidas legislativas.

Muitas dessas condenações geraram impactos internos significativos. A primeira condenação, relativa ao caso Ximenes Lopes, visibilizou e ampliou a discussão acerca da luta antimanicomial e do tratamento dispensado às pessoas com transtornos mentais, bem como aumentou os investimentos em políticas públicas e leis voltadas à proteção e promoção da dignidade dessas pessoas.

A condenação no caso Gomes Lund, por sua vez, impôs várias obrigações extrapecuniárias com consequências diretas. Além da criação de grupos de trabalho específicos para investigação da Guerrilha do Araguaia, foi implementado curso de Direitos Humanos para as Forças Armadas, a sanção de leis relacionadas à transparência e acesso à informação, além de novos projetos de estudo e memória acerca da ditadura civil-militar no Brasil.[2]

Dentro desse contexto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos indica uma preocupação em superar a tradição enraizada no direito interno que, mesmo diante de casos de graves violações de direitos humanos que exigem medidas de memória e não repetição, contenta-se em estipular uma indenização em dinheiro para as vítimas ou, na maioria dos casos, aos familiares das vítimas que já morreram ou estão desaparecidas.

Este trabalho tem como objetivo estudar o alcance e a possível execução das decisões por ela proferidas no âmbito do direito interno, especialmente aquelas

---

[2] CEIA, E. Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013.

que estabelecem obrigações de fazer ou não fazer. Pretendemos analisar, outrossim, os mecanismos para cumprimento destas decisões e a maneira de execução em caso de descumprimento a partir do que o ordenamento jurídico interno dispõe a respeito do assunto.

Este trabalho será realizado fundamentalmente a partir de um estudo documental, na linha do que Paulo Eduardo Alves da Silva esclarece no texto *Pesquisas em processos judiciais* (2017, p. 276): "O levantamento de dados em autos de processos judiciais é uma vertente da técnica 'pesquisa documental'".

O percurso metodológico terá como ponto de partida uma análise teórica e jurisprudencial acerca dos tratados no Brasil, seu processo de elaboração e de incorporação ao direito interno, pois, uma vez incorporados, passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, estudaremos a vinculação do Brasil aos organismos internacionais com competência para fiscalizar e interpretar documentos internacionais de direitos humanos e a obrigação de cooperação com eles à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em seguida, será abordada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, suas principais disposições e meios de proteção. Em especial, será analisado seu artigo 68, que vincula os Estados signatários ao cumprimento das disposições da Corte, salientando, ainda, a possibilidade de execução em âmbito interno das indenizações compensatórias.

Na segunda parte do trabalho, serão discutidos os mecanismos de cumprimento das decisões da Corte Interamericana por parte do Brasil; não somente aquelas que definem obrigações pecuniárias, mas também aquelas que definem obrigações de fazer, com atenção ao que a Corte tem entendido a respeito do assunto.

Para reforçar a obrigação do Brasil de dar cumprimento voluntário às sentenças extrapecuniárias, serão abordados aspectos da cooperação jurídica internacional, em especial em sua modalidade vertical, e a importância de seu respeito e valorização. Em seguida, será destacado o advento do novo Código de Processo Civil, que valorizou a cooperação jurídica internacional, dando a ela um capítulo especial na nova lei, analisando especialmente os artigos 26 e 27. Em terceiro lugar, será defendido posicionamento de que as sentenças da Corte Interamericana têm natureza de título executivo judicial, tornando as referidas sentenças passíveis de execução em sua integralidade. Por fim, analisaremos o projeto de lei de autoria do Senador Randolfe Rodrigues que propõe discutir o tema e, então, serão expostas as considerações finais.

INCORPORAÇÃO DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 1969, foi a norma que codificou as regras relativas aos tratados, conceituado como "o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontade entre dois ou mais

sujeitos do direito internacional". O Brasil é formalmente parte da Convenção de Viena desde 2009, por meio da promulgação do Decreto n. 7.030, cujo papel principal foi o de codificar muitos dos costumes já vigentes em relação aos tratados e consolidar um sistema internacional uniforme com base na boa-fé e no *pacta sunt servanda*. Accioly, Silva e Casella assim descrevem:

> A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) aponta o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais, reconhece a importância cada vez maior dos tratados como fonte de direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais ou sociais.[3]

Atualmente, todo processo de elaboração e ratificação de tratados ocorre de acordo com o disposto nesta Convenção. Primeiramente, todo Estado tem a capacidade para ser parte em tratado, conforme o artigo 6º da Convenção de Viena, bastando que esteja de acordo com suas disposições. Desta forma, o tratado é um acordo de vontade expresso no exercício pleno da soberania. Accioly, Casella e Silva[4] registram que o tratado é acordo de vontades e, como tal, a adoção de seu texto efetua-se pelo consentimento de todos os estados que participam de sua elaboração. Por fim, deve, ainda, o objeto do tratado ser lícito e possível, da mesma forma que ocorre no direito interno.

A internalização do tratado, em regra, não ocorre de forma automática. É necessário um procedimento específico para que ele passe a ter validade interna, sendo necessária a concordância conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo.

O primeiro passo para a vinculação de qualquer Estado ao tratado internacional é sua assinatura, em regra, de competência do chefe do Poder Executivo (podendo, ainda, sua competência ser delegada a plenipotenciários). No caso brasileiro, após a assinatura, o texto é encaminhado ao Congresso Nacional por mensagem presidencial. Caberá ao Congresso, então, nos termos do artigo 49 da Constituição, decidir definitivamente sobre a aprovação do texto por meio de Decreto Legislativo.

No caso de tratados de direitos humanos, a questão se consolidou mais recentemente. Entre 1988 e 2003, grande parte da doutrina defendeu a tese de que os tratados de direitos humanos diferenciavam-se dos demais tratados com base nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que dispunham, respectivamente, acerca da aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais e da possibilidade de aplicação conjunta destas normas expressas na Constituição e aquelas de tratados internacionais.

---

[3] ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158.

[4] *Ibid*., p. 163.

A posição do STF entre 1988 e 2003 manteve-se no sentido de que tratado internacional de direitos humanos teria a mesma hierarquia dos demais tratados, qual seja a de lei ordinária federal. Em 2004, no entanto, foi promulgada a Emenda Constitucional 45/2004, que adicionou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, que diz que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Essa emenda gerou interpretações diversas, podendo ser dividida em duas correntes: de acordo com a primeira interpretação, tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 45 ou aqueles incorporados e que não seguiram o rito específico da Constituição seriam equivalentes à lei ordinária federal, e os demais teriam natureza jurídica equivalente à emenda constitucional; a segunda interpretação dispõe que todos os tratados internacionais de direitos humanos equivaleriam a normas constitucionais, a diferença seria a de que todos os tratados seriam materialmente constitucionais, e aqueles aprovados segundo a EC/45 seriam material e formalmente constitucionais.[5]

O STF foi chamado, então, a pacificar posicionamento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos. No RE 466.343 (que versou sobre a prisão civil do depositário infiel), prevaleceu a nova posição do STF de que tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito especial do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal teriam natureza supralegal, ou seja, estariam acima de toda e qualquer lei, mas um patamar abaixo da Constituição.

Após a aprovação congressual, passa-se à ratificação, ato do Poder Executivo que registrará devidamente a aceitação junto ao organismo internacional respectivo. Ato contínuo, deve ser editado decreto presidencial para que o texto seja publicado e passe a ter executoriedade interna. Dessa forma, a vigência interna de tratado dependerá de decreto presidencial que promulgue seu texto, mesmo que o tratado já goze de vigência internacional (essa exigência não decorre expressamente da Constituição[6]).

---

5 RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *In:* CASELLA, P. B. (org.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

6 Em decisão proferida na CR 8.279 o STF afirmou: "A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial

A título de exemplo, como já mencionado, no Brasil só foi editado decreto presidencial promulgando a Convenção de Viena no ano de 2009. No entanto, no período em que este decreto ainda não havia sido editado, mesmo não estando o Estado a ele vinculado internamente, comprometia-se a não descumprir suas diretrizes perante os outros Estados. O artigo 18 da Convenção de Viena diz o seguinte a esse respeito:

> Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

Portanto, não é simplesmente o ato de ratificação que dá força vinculante ao texto, uma vez que sua assinatura já compromete os Estados a, no mínimo, não frustrar o objeto do tratado. Apesar disso, considerando as orientações do Supremo Tribunal Federal, um tratado internacional somente poderá ser exigido na jurisdição interna após a promulgação por decreto presidencial.

Por fim, formalmente aderido ao tratado, tem o Estado Parte a obrigação de seguir suas disposições, conforme determina o artigo 26 da Convenção de Viena: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". Esse dispositivo é ainda completado pelo que preconiza seu artigo 29*:* "A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território".[7]

Ainda, tendo ratificado soberanamente o tratado, não só se obriga o Estado Parte a cumpri-lo, como também assume a responsabilidade de que contra seu cumprimento não poderão ser invocadas quaisquer regras de seu ordenamento interno, conforme disposto no artigo 27 da Convenção de Viena: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46". O sentido desse dispositivo, ademais, e a propósito do tema central deste trabalho, é reproduzido

---

do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno" (STF, CR 8279 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, *DJ* 10-08-2000).

7 BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 27 jul. 2017.

nos artigos 29 e 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos, situação que, vale registrar, faz todo sentido na medida em que o ato de aprovação e ratificação é pura expressão do exercício da soberania.

No que diz respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica (tratada neste artigo como Convenção Americana), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), da qual o Brasil é país membro, entrou em vigor internacionalmente em 1978, quase dez anos após sua proposta e discussão. O Brasil, por sua vez, aderiu à Convenção somente em 1992, por meio do Decreto Presidencial n. 678, tendo sido o instrumento de ratificação devidamente depositado no mesmo ano.

Diferentemente da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada no âmbito da OEA em 1948, a Convenção Americana não é um texto com diretrizes gerais de direitos humanos, mas, sim, um tratado, portanto, vinculante, obrigando todos os Estados aderidos a seguir suas diretrizes e garanti-las no âmbito interno, seja por meio de políticas públicas, seja em processos judiciais. Dessa forma, além de aprofundar a redação dos direitos enunciados na Declaração Americana, a Convenção também vinculou os Estados ao seu cumprimento interno.[8]

Esta Convenção traz como diretrizes a consolidação de direitos humanos, afirmando a proteção internacional do ser humano como instrumento legal coadjuvante e complementar ao direito interno, funcionando, portanto, como instrumento de proteção e promoção de direitos humanos, sendo fundamental especialmente nos momentos em que as instituições internas se mostrarem ineficientes.

Para isso, institui o referido tratado, em seu artigo 33, órgãos para proteção destes direitos, entre eles a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que foi primeiramente discutido em 1959 e que passou a ser órgão principal da OEA em 1967, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desenvolvida no âmbito do Pacto de San Jose da Costa Rica e criada como segundo órgão do sistema interamericano.[9]

Acerca da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dispõe o artigo 41: "A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos".[10] Ainda, confere à Comissão poderes de investigar denúncias provenientes de indivíduos e grupos de indivíduos dos Estados-membros que tenham aceitado sua competência.

---

8 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

9 *Id.*

10 COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 5 ago. 2017.

A Corte Interamericana, por sua vez, é um órgão jurisdicional do sistema interamericano, com competência consultiva e contenciosa para julgar violações relativas aos direitos humanos, podendo proferir sentenças condenatórias aos Estados-membros que comprovadamente violarem disposições da Convenção. A Corte mantém intensa atividade de cooperação jurídica internacional, tanto com os Estados signatários da Convenção Americana e membros da OEA como com organizações internacionais do sistema global.

Dispõe seu artigo 68:

> 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
>
> 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.[11]

O Brasil reconheceu, por meio do Decreto n. 4.463, de 2002, a competência obrigatória da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Uma vez manifestada adesão à jurisdição da Corte em um ato soberano, as decisões da Corte passam a possuir todos os requisitos jurídicos necessários para que não apenas seu cumprimento mas também sua execução no sistema de justiça interno seja possível.

No caso de violação internacional de direitos humanos, pode a Corte Interamericana decidir pela improcedência ou procedência total ou parcial da ação de responsabilização do Estado. No caso de procedência, pode o órgão proferir sentença determinando conteúdo reparatório ao direito violado, abrangendo obrigações de dar, fazer ou não fazer.

A Corte exige do Estado que realize relatórios periódicos relativos ao cumprimento das obrigações impostas. Em caso de não cumprimento, a Convenção Americana determina, em seu artigo 65, que o caso seja registrado em seu relatório anual apresentado à Organização dos Estados Americanos, cuja finalidade é constranger internacionalmente o Estado pelo descumprimento da sentença.

Ainda, o artigo 67 da Convenção determina que suas sentenças são definitivas e inapeláveis, não cabendo, portanto, recurso. Em caso de dúvida sobre o sentido da decisão, pode ser interposto por qualquer das partes recurso de interpretação. Por fim, salienta-se que as decisões internacionais relativas às violações de direi-

---

[11] *Id.*

tos humanos não apresentam caráter somente reparador, mas também inibidor de novas violações.

Em julho de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil pela primeira vez por violações de direitos humanos referentes ao caso Damião Ximenes Lopes, sendo que o Brasil, por meio de decreto de 2002, já havia reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte.

Considerando que o Brasil aderiu à Convenção de Viena, ao Pacto de San Jose da Costa Rica e declarou expressamente sua vinculação à jurisdição da Corte Interamericana, não cabe justificar o descumprimento de uma obrigação internacional de direitos humanos alegando a existência de norma constitucional interna ou posicionamento jurisprudencial conflitante com a matéria. Esta justificativa não é válida nem para o Direito interno, que admite a vinculação a tratados internacionais, e nem para o Direito Internacional, conforme explica Ramos:

> Os atos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engajamentos internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente.[12]

Questão importante, antes de seguirmos, é a diferença entre sentença estrangeira e sentença internacional. A sentença estrangeira precisa passar por homologação no Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o disposto na Constituição Federal. Ramos[13] explica que estas sentenças têm natureza diferente, na medida em que são proferidas pelo Judiciário de Estados soberanos, e não por tribunais internacionais. Além disso, apesar de existir a possibilidade de vinculação à jurisdição de tribunal internacional, a exemplo do que consta no § 4º do artigo 5º da Constituição, não existe a possibilidade de vinculação à jurisdição de um tribunal de outro estado soberano (por isso a Constituição exige homologação).

Quanto às obrigações decorrentes das sentenças, a Convenção Americana é categórica, ao utilizar, no artigo 68, o termo "compensatórias" (e não "pecuniárias"), apontando que estas devem ser executadas de acordo com o processo interno de execução de sentença contra o Estado.

Assim, a partir de uma interpretação restritiva, há quem sustente que a Convenção propositalmente não faria menção a obrigações de fazer ou não fazer.

---

12 RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *In:* CASELLA, P. B. (org.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 457.

13 *Ibid*.

Há quem defenda, ademais, que, nestes casos, a execução dependeria da normatividade interna, e cada país poderia escolher a forma que desejasse para a execução, não tendo nenhum compromisso de maior dimensão com as decisões da Corte.

Ariel Dulitzky,[14] por exemplo, ao tecer suas críticas ao controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana, acusa-a de extrapolar os limites do que se poderia esperar de um controle de convencionalidade, e pretender, por isso, atuar como uma Corte Constitucional Interamericana.

O que pretendemos neste artigo é argumentar que uma interpretação reducionista do termo "indenização compensatória" contraria a própria redação da primeira parte do artigo 68, que diz que os Estados se comprometem a cumprir as decisões da Corte, e também a segunda parte, que, mesmo usando o termo "compensatório", limita a possibilidade de o Estado definir meios internos de execução.

É o que aponta, em parte, Ramos:

> O Brasil ainda não possui uma legislação específica para execução das obrigações de fazer ou não fazer porventura fixadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nem por isso deve-se concluir que as decisões da Corte devem aguardar a edição de novos diplomas normativos brasileiros. Pelo contrário, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Constituição brasileira (que estabeleceu o princípio do acesso a justiça no seu artigo 5º inciso XXXV) possibilitam o recurso ao Poder Judiciário para obrigar o Estado a cumprir a decisão da Corte, verdadeira obrigação legal do Estado brasileiro.[15]

Além de existir vedação expressa no artigo 29 da Convenção em relação a intepretações que suprimam ou limitem o gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, a Corte Interamericana tem jurisprudência consolidada no sentido da intepretação evolutiva dos direitos humanos.

A Corte desenvolveu um método de interpretação dos instrumentos de direitos humanos com base em três critérios: 1. A polissemia dos termos jurídicos, no sentido de que os termos jurídicos empregados na redação de um instrumento de direitos humanos têm significado, sentido e alcance «autônomos», não equiparáveis aos significados que esses termos podem ter no direito interno. 2. Os instrumentos de direitos humanos são instrumentos vivos, ou seja, devem ser interpretados de uma maneira nem rígida nem estática, mas que concorde

---

[14] DULITZKY, Ariel. An inter-american constitutional Court? the invention of the conventionality control by the inter-american Court of human rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, issue 1, p. 47-93, 2015.

[15] *Ibid.*, p. 463.

com a evolução das condições de vida. 3. A integração do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, considerando que é útil e apropriado utilizar outros tratados internacionais de direitos humanos distintos da Convenção Americana, a fim de considerar a questão sujeita a exame no quadro da evolução dos direitos humanos no Direito Internacional.[16]

A interpretação evolutiva tem fundamento no artigo 29 da Convenção Americana, que estabelece diretrizes de interpretação que vedam qualquer exercício hermenêutico com tendência ou efeito de suprimir, impedir exercício de direitos, liberdades ou garantias inerentes ao ser humano ou outro documento internacional que verse sobre direitos humanos:

> Em outras oportunidades, este Tribunal salientou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Essa interpretação evolutiva é compatível com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, esta Corte tem afirmado que, ao interpretar um tratado, não só se levam em conta os acordos e instrumentos com ele formalmente relacionados (artigo 31.2 da Convenção de Viena), mas também o sistema no qual se inscreve (artigo 31.3 do mesmo instrumento) (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Povo Indígena Kichwa de Sarayakuvs Equador. Sentença de 27 de julho de 2012, parágrafo 161).

Juan Carlos Hitters, nessa linha, afirma que é prudente, para interpretar as garantias da Convenção, (...) "tener en cuenta no sólo su letra sino también la importante jurisprudencia de la Corte IDH que en los últimos tiempos viene *aggiornando* la antigua normativa de la Convención de 1969, en lo que hemos denominado hermenéutica evolutiva".[17]

Alguns países já elaboraram normas internas para determinar a forma de execução das sentenças internacionais internamente, as chamadas *enabling legislations,* como é o caso da Colômbia, que editou a Lei n. 288, de 1996, "por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos". Esta, contudo, não nos parece ser uma necessidade para o Brasil.

---

16 MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur – Rev. Internacional de Direitos Humanos,* São Paulo, v. 3, n. 4, p. 30-47, jun. 2006.

17 HITTERS, Juan Carlos. Las garantías judiciales en el pacto de San José de costa rica (interpretación evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) *Rev. Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 63-122, jul./dez. 2010.

Alguns projetos de lei foram apresentados no Brasil para instituir regras específicas que disciplinassem a execução de sentenças internacionais, como os PLs 4667/2004 e 170/2010, ambos de autoria de José Eduardo Cardozo, e PL 420/2009, de autoria de Garibaldi Alves Filho. Todos, apesar de aprovados em comissões do Senado, nunca chegaram a ser aprovados pelo pleno da Casa. Atualmente, tramita no Congresso o PL 220/2016, de autoria de Randolfe Rodrigues, a respeito do qual trataremos adiante.

Por ora, o que defendemos aqui é que a primeira parte do artigo 68 da Convenção Americana já basta para que o Estado se vincule ao cumprimento da decisão imposta, incluindo a execução da sentença de obrigação extrapecuniária em âmbito interno, caso esta não seja cumprida. Soma-se a isso o fato de que a manifestação de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana para interpretar e aplicar a Convenção Americana decorre de um ato de soberania, razão pela qual seria absolutamente inútil esse tipo de manifestação que, é importante frisar, depende de uma sequência de atos que envolvem o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

FUNDAMENTOS PARA A EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES EXTRAPECUNIÁRIAS DETERMINADAS PELA CORTE INTERAMERICANA

Tradicionalmente, a cooperação jurídica internacional é entendida como "o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado".[18]

Esta é a definição típica aplicada ao direito internacional privado, a cooperação ocorre entre Poderes Judiciários de dois ou mais Estados, sendo exemplo a já referida homologação de sentença estrangeira. A cooperação jurídica internacional, no entanto, pode, ainda, ter, em um de seus polos, um sujeito que não um Estado soberano, mas, sim, uma Corte internacional, como aponta Ramos:

> A cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça. Esses atos de colaboração envolvem atividades de solicitação e cumprimento de medidas extrajudiciais (por exemplo, solicitação de informação do Direito vigente em um Estado) e judiciais. Nesse último caso, a cooperação jurídica internacional

[18] ARAUJO, N. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. *In:* Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (org.). *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos – matéria penal.* 4. ed. 2013, v. 1, p. 39-50. p. 2.

> abrange a colaboração para o cumprimento de medidas pré-processuais, de desenvolvimento regular de um processo e de execução.[19]

Na relação entre Estado e Organização Internacional, a cooperação jurídica é denominada mais especificamente vertical. Esta incluiria principalmente Estados, Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional.[20]

Como aqui mencionado, no caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as cortes internacionais surgem da necessidade de efetivação das normas de Direito Internacional, em especial da proteção da dignidade da pessoa humana. Desta forma, é essencial que haja cooperação por parte de todos os seus Estados signatários, sob o risco de tornar todo sistema judiciário internacional inefetivo. Ainda, conforme Vergueiro, a cooperação internacional vertical segue a premissa de que:

> A cooperação dos Estados é essencial para a efetividade dos processos e procedimentos judiciais que se desenvolvem no âmbito de referidas cortes, uma vez que somente estas entidades, porventura coadjuvadas por outros organismos ou agências internacionais, são capazes de dar cumprimento às decisões, ordens e requisições dos tribunais e demais autoridades judiciárias e judiliformes internacionais.[21]

Ainda, em matéria de violações de direitos humanos, pedidos de cooperação jurídica internacional possuem força vinculante ainda mais relevante do que aqueles advindos de relações entre Estados, posto que seu descumprimento pode gerar a responsabilização internacional do Estado. Assim explicita Vergueiro:

> O modelo vertical [...] de um lado reconhece a igualdade formal entre todos os Estados no plano internacional, mas, ao mesmo tempo compreende que um órgão judicial internacional, quando criado, é investido não somente dos poderes necessários a julgar os casos e indivíduos inseridos em suas competências pelos respectivos tratados constitutivos, mas também da autoridade para exigir dos Estados (ao menos os signatários), o cumprimento de suas ordens com caráter vinculante.[22]

A EC 45/04, é importante anotar, não só estabeleceu explicitamente a possibilidade de equiparar tratados de direitos humanos à emenda constitucional

---

19 RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de* São Paulo, São Paulo, 2013, v. 108, p. 621-647, jan./dez. p. 624.

20 ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

21 VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. *Implementação da cooperação jurídica internacional*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo: 2012. p. 80.

22 *Ibid*., p. 75.

como também declarou a vinculação do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Ou seja, a Constituição Federal reconhece o caráter vertical da cooperação jurídica internacional.

Ainda, a cooperação jurídica internacional abarca todos os atos jurídicos processuais realizados por autoridades de um Estado para garantir a efetividade da ação que tramita perante o tribunal internacional, e isso inclui o devido cumprimento de sentenças eventualmente proferidas por esses tribunais, garantindo sua eficácia. Ademais, não tem o Estado o papel de questionar o mérito destas decisões (posto que, como já exposto, é signatário de tratados internacionais que o vinculam à interpretação e aplicação de convenções nos termos definidos por esses tribunais), mas, sim, de garantir sua exequibilidade da mesma forma que faria se a decisão fosse proferida por juiz de qualquer tribunal interno.

Claramente, a cooperação jurídica internacional vertical está estritamente conectada à ratificação dos tratados. São eles que dão à cooperação seu substrato, sua justificativa jurídica. Ao ratificar os devidos tratados, os países se comprometeram a cooperar. Assim, o Estado aceita que eventuais violações ou omissões por ele praticadas estejam sujeitas ao crivo dos outros Estados, e, mais do que isso, das organizações internacionais, que analisarão a compatibilidade das ações com os tratados firmados, devendo, portanto, respeitar e garantir a exequibilidade completa das determinações da Corte Internacional, nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[23]

Em princípio, o Direito Internacional se voltava eminentemente à relação entre estados soberanos. Mais recentemente, com a afirmação do indivíduo e de organizações não governamentais como sujeitos de direito internacional, o modelo tradicional cedeu espaço para novos atores internacionais, ampliando, a nosso ver, o acesso ao espaço público transnacional. Marcia Nina Bernardes afirma o seguinte a respeito:

> Tais organizações integram regimes internacionais que podem impactar o equilíbrio de poder entre as nações e entre Estado e grupos de indivíduos na medida em que criam uma espécie de legalidade internacional. Atores internacionais considerados mais fracos podem aumentar suas chances de participação, de acordo com a sua "habilidade de usar as plataformas internacionais e de explorar padrões argumentativos já estabelecidos para promover novas e mais inclusivas regras e instituições".[24]

---

[23] *Ibid.*

[24] BERNARDES, M. N. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos* (Impresso), v. 15, p. 135-156, 2011.

Na mesma linha, Marcelo Torelly, ao abordar as etapas da transformação do espaço transnacional, afirma o seguinte sobre o processo jurídico transnacional: "(...) ao permitir novas formas de interação, e ao abrir possibilidades de participação para atores não estatais, viabiliza novas formas de legitimação do processo decisório, em interações livres da preponderância da lógica de governança estatal".[25]

Assunto amplamente discutido com o advento do Código de Processo Civil de 2015 foi o destaque à cooperação jurídica internacional, à qual foi dedicado um capítulo específico. Entre os artigos 26 e 41, o legislador discorreu acerca do tema, sua aplicação, objeto e meios de execução. O fundamento para esta inovação encontra-se não só no artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a importância da cooperação entre os povos, mas também na crescente dinâmica de relações globais entre Estados, empresas e indivíduos, conforme explicita Pereira:

> O contexto de um mundo globalizado, marcado pelo aprofundamento e pela dinamização das relações transnacionais, serviu como pano de fundo para o fortalecimento e intensificação da CJI nos últimos tempos, o que pode ser aferido pela proliferação de tratados sobre a matéria, objetivando-se o auxílio recíproco, inclusive com estabelecimento de novos mecanismos de cooperação e aprimoramento daqueles já existentes, ambiente no qual o Brasil se encontra plenamente inserido, o que se verifica pela grande quantidade de tratados sobre a matéria dos quais o país é signatário.[26]

Ademais, devido a esses fatores, mostra-se cada vez mais necessária a busca e consolidação da celeridade e efetividade no cumprimento das demandas cooperacionais. A inserção deste capítulo no Código de Processo Civil demonstra um esforço de instituir uma *enabling legislation* para facilitar a solução de assuntos relacionados à cooperação internacional como forma de acesso à justiça num mundo globalizado.

Apesar de o Código de Processo Civil ter tratado da cooperação jurídica internacional, não dedicou nenhum artigo para delimitar ou conceituar de forma exaustiva os formatos de cooperação, pois, além do Código de Processo Civil, existem referências a atos de cooperação em outros diplomas, como a nova Lei de Migração e a própria Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse

---

[25] TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, SP, v. 15, n. 6, p. 20-46, set./dez. 2016.

[26] PEREIRA, Luciano Menegueti. A cooperação jurídica internacional no Novo Código de Processo Civil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 67, p. 18-34, set./dez. 2015. p. 24.

sentido, ainda que tenhamos na legislação exemplos de atos de cooperação específicos, é certo que não existe nenhum impedimento para que possamos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece tanto a cooperação jurídica horizontal quanto a vertical como formas de promoção do direito de acesso à justiça e dos direitos humanos.

Ao abordar questões como o auxílio direto, os trâmites da carta rogatória e o procedimento de homologação das sentenças estrangeiras perante o STJ, o Código de Processo Civil trata mais especificamente da cooperação jurídica internacional horizontal, aquela típica do direito privado e que se dá entre Estados soberanos. No entanto, como acima exposto, a cooperação jurídica internacional de forma alguma restringe-se ao âmbito privado, e, além disso, o CPC deixa espaços abertos para a interpretação dentro do contexto público. O artigo 26 determina que a cooperação jurídica se dará a partir de tratados dos quais o Brasil faça parte, e o artigo 27, inciso III, afirma que será objeto da cooperação o cumprimento da decisão. Nesse sentido, não há razão para afirmar que a cooperação jurídica internacional encontra no CPC um rol taxativo de hipóteses.

É importante registrar que essa discussão assume relevância no caso de se entender que a Convenção Americana e o Decreto n. 4.463/02 não seriam suficientes para exigir o cumprimento interno das decisões da Corte. Ainda que consideremos suficientes esses documentos, entendemos válida a discussão acadêmica que vai até o Código de Processo Civil para justificar a executoriedade interna das decisões da Corte que impõem indenizações extrapecuniárias.

No que diz respeito à relação entre o estado brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, importante considerar ainda que o artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, diz que compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de recurso especial referente às causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar-lhes vigência. Trata-se de definição de competência para o controle de convencionalidade incidental pelo STJ.

Apesar do que dispõe o artigo 105 da Constituição, é certo que essa competência somente permanece no Superior Tribunal de Justiça nos casos em que o Brasil não tiver reconhecido, no exercício de sua soberania, a competência de corte ou comitê internacional decorrente de convenções para interpretá-las e aplicá-las. Não faria sentido sustentar a supremacia de uma decisão do STJ sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, considerando que o artigo 1º do Decreto n. 4.463/02 diz textualmente que fica reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Por isso mesmo, a interpretação e aplicação da Convenção são de competência da Corte Interamericana, e, considerando o teor do referido artigo 68, o Brasil tem o dever de cumprir essas decisões diretamente, sem qualquer necessidade de novo ato interno de validação. Apesar de nos parecer evidente a conclusão aqui apresentada, existe na doutrina (RESENDE, 2013) discussão relevante no sentido de que, para além do que dispõem a Constituição e o próprio texto da Convenção, seria importante recorrer ao Código de Processo Civil para justificar a possibilidade de execução direta de todas as partes da sentença da Corte nos casos em que o país se recusasse a cumpri-las.

Essa corrente sustenta que, para haver a execução de certa determinação judicial, é imprescindível a existência de título executivo, e as sentenças se enquadram no conceito de título executivo judicial. O título é o instrumento necessário e suficiente para que se faça cumprir sentenças (judiciais) ou determinados documentos (extrajudiciais) dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O título executivo judicial é definido como o "documento que atesta a existência de obrigação certa, líquida e exigível e que autoriza o início da prática de atos jurisdicionais executivos".[27]

Nesse contexto, para essa corrente que busca no CPC fundamento para a execução direta, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferidas segundo um conjunto de regras convencionais incorporadas ao nosso ordenamento mediante atos de soberania definidos na Constituição, após um longo processo judicial respeitando o contraditório e a ampla defesa, seriam títulos executivos judiciais.

Como já exposto, a obrigatoriedade do cumprimento da sentença em sua integralidade decorre do próprio texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, e isso se evidencia por todos os argumentos acima expostos. No caso de não cumprimento espontâneo, tem-se, ainda, para além das medidas políticas junto à Assembleia Geral da OEA, que a sentença internacional pode ser reconhecida como título executivo judicial, conforme as disposições do Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 515:

> São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
>
> I – as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;[28]

---

27 SCARPINELLA, Cassio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Saraiva, 2017. p. 447.

28 BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 out. 2017.

Nesse inciso cabem todas aquelas sentenças proferidas dentro do processo civil. Mesmo que proferidas em jurisdição internacional, têm as sentenças da Corte nítida natureza civil (ainda que por exclusão da competência criminal), razão pela qual não haveria motivo razoável para exigir regulamentação legal específica para a execução das obrigações extrapecuniárias.

Didier Jr. aponta que os títulos executivos podem ser de tipo aberto ou fechado, segundo sua tipicidade, ou seja, existem aqueles que dão margem a diversas interpretações e aplicações e aqueles ao longo do código que são específicos e sem margem para abstrações. Quanto à hipótese do inciso I do artigo 515 (antigo 475-N, I, com a mesma redação), o processualista aponta:

> Como se percebe, a hipótese contida no inciso I do art. 475-N do CPC constitui um tipo legal aberto, operando-se no modo tipológico-comparativo e funcionando com base na semelhança, de sorte que se revelam amplos os casos enquadráveis na definição legal.[29]

Se o inciso I do atual artigo 515 do CPC representa tipo de título executivo de natureza aberta, o juiz, em sua atuação, tem a obrigação de suprir lacunas e extrair dessa norma a potencialidade necessária para que se dê efetividade aos direitos, especialmente aqueles atrelados à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que rege todo ordenamento jurídico brasileiro. É o que bem explica Resende:

> O juiz deverá interpretar as normas jurídicas e, entre elas, as normas processuais civis, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a dar a máxima proteção ao ser humano. Luís Roberto Barroso ensina que o princípio da interpretação, conforme a Constituição, simultaneamente abriga uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe aos juízes e aos tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais, ou seja, dentre as várias interpretações possíveis, deve-se escolher aquela que tenha maior afinidade com a Constituição.[30]

Considerando, portanto, que, ao falar de decisão no processo civil que determine obrigação de fazer ou não fazer, o legislador utilizou conceitos vagos e estabeleceu tipo de título executivo judicial aberto, que engloba diferentes definições legais, e, ainda, com base no princípio da interpretação conforme a constituição e na necessidade da atuação de todo ordenamento jurídico fundamen-

---

[29] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. V. p. 165.

[30] RESENDE, Augusto César Leite. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2013, p. 235.

tado na proteção e promoção dos direitos humanos, sustenta-se que os juízes devem, em sua atuação, interpretar as sentenças da Corte como compatíveis com o inciso I do artigo 515 do CPC/15.

Dessa forma, é somente possível reconhecer a integralidade das sentenças da Corte, cuja jurisdição o Brasil aderiu voluntariamente, como título executivo judicial, de acordo com as normas de direitos internacionais e nacionais, posto que:

> Exaradas por órgão judicial, cuja jurisdição a República Federativa do Brasil reconhece e se submete, bem como porque se destinam a reparar as consequências de medida ou de situação que configure a violação de direitos [...]. Entender que a parte extrapecuniária das sentenças da Corte não são títulos executivos judiciais é interpretar o art. 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil em desconformidade com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos.[31]

Por falta de uma leitura mais técnica e alinhada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a ausência de leis específicas que disciplinem a execução de sentenças internacionais no sistema interno de justiça foi utilizada como argumento recorrente para ou não cumprir ou tornar mais complexo e dificultoso o cumprimento das decisões da Corte que preveem indenização extrapecuniária. Muitas vezes, o Brasil precisou improvisar para que fossem cumpridas as determinações dos órgãos do Sistema Interamericano, como ocorreu com o caso Damião Ximenes Lopes. Por meio do Decreto n. 6185/2007, o Presidente autorizou a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência a promover os atos necessários ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana.

Esta situação levou à elaboração de diversos projetos de lei, na tentativa de regulamentar o assunto. Atualmente, tramita no Senado o Projeto de Lei 220/2016, de autoria de Randolfe Rodrigues, com as seguintes propostas: que as sentenças e decisões da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos tenham efeito jurídico imediato; determina, textualmente, a desnecessidade de homologação; define as obrigações indenizatórias como título executivo judicial com crédito de caráter alimentício; destinação de orçamento específico dos recursos da União para o pagamento das indenizações; possibilidade de incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal no julgamento dos responsáveis por violações aos direitos humanos; a alteração do artigo 515 do Código de Processo Civil para constar expressamente a possibilidade de execução de sentenças internacionais; e, por fim, quanto às obrigações de caráter não pecuniário, que o ente federativo cesse imediatamente a

---

[31] *Idem.*

situação de violação aos direitos humanos, adotando as medidas administrativas, legislativas ou judiciais necessárias.

Em 25 de maio de 2017, cerca de um ano após sua proposta, o projeto foi emendado e aprovado pela Comissão de Relações Exteriores do Senado. A principal mudança foi a abrangência da lei, para não abordar somente o Sistema Interamericano, mas qualquer Sistema Internacional de proteção aos Direitos Humanos a que o Brasil esteja vinculado ou venha a se vincular. O parecer do Relator Antônio Anastasia aponta, ainda, a atual dificuldade de execução das obrigações não pecuniárias, sendo que as indenizatórias apresentam-se mais fáceis de serem cumpridas. Atualmente o projeto encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (desde 14/02/2019).

Como viemos sustentando até aqui, não nos parece necessário e nem razoável uma nova lei para especificar o que decorre da própria leitura da Constituição e das diretrizes para incorporação de tratados definidas pelo STF. Aparentemente, o problema está concentrado no fato de não existir, de fato, um compromisso dos profissionais do sistema de justiça com a legitimidade dos documentos internacionais de direitos humanos e com as decisões emanadas dos comitês e cortes cuja competência foi reconhecida pelo Brasil. Seja por desconhecimento, seja por resistência, o Judiciário brasileiro raras vezes recorre a tratados, convenções e decisões internacionais para fundamentar suas decisões.

No caso já mencionado de Damião Ximenes Lopes, foi o Brasil condenado, em 2006, a quatro "sanções" principais, sendo elas a de conduzir e sancionar os responsáveis pela morte de Damião, desenvolver políticas públicas específicas voltadas para a questão de saúde mental, pagar indenização à família de Damião e publicar a sentença no *Diário Oficial*. Destas condenações, até o ano de 2012, as indenizações e a publicação da sentença haviam sido cumpridas.[32] O processo criminal que teve como objetivo apurar a responsabilidade pela morte de Damião teve início no ano 2000, sendo julgado apenas em 2009, e, em 2012, o Tribunal de Justiça do Ceará proferiu acórdão reconhecendo a prescrição e consequente extinção da punibilidade dos agentes.[33] A implementação de políticas públicas, por sua vez, ocorreu de forma gradual desde a denúncia à Corte Interamericana.[34]

---

32 CEIA, E. Mesquita, *op. cit.*

33 LIMA, A. Ferreira; PONTES, M. V. Abreu. O caso Damião Ximenes Lopes e a primeira condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, Florianópolis, v. 7, n. 16, p. 1-13, 2015.

34 PONTES, M. V. Abreu. *Damião Ximenes Lopes:* a "condenação da saúde mental" brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua relação com os rumos da reforma psiquiátrica. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: 2015.

No caso Gomes Lund, por sua vez, ficou o Brasil obrigado ao cumprimento de uma série de obrigações, entre elas: conduzir investigações penais para apurar os fatos; buscar o paradeiro das vítimas; oferecer tratamento médico às vítimas; publicar sentença em mídia oficial ou de grande circulação; realizar ato público de reconhecimento internacional de responsabilidade; implementar um curso sobre direitos humanos destinados às Forças Armadas; tipificar o delito de desaparecimento de pessoas e pagar indenizações às vítimas. O Brasil somou esforços para o cumprimento de todas as medidas segundo documentos oficiais.[35]

Destaca-se a criação do Grupo de Trabalho do Araguaia, para continuar a investigação e a busca por desaparecidos. Além disso, a Lei de Acesso à Informação Pública e a Comissão da Verdade foram instauradas após a condenação do Brasil pelo caso Júlia Gomes Lund, para apurar violações mais amplas a direitos humanos ocorridas durante o período da Ditadura Militar no Brasil. A responsabilização penal dos culpados, no entanto, mostra-se como a sanção de mais difícil cumprimento, sendo, inclusive, fonte de críticas por parte dos familiares de vítimas. Segundo familiares também, as indenizações foram apenas parcialmente pagas.[36]

Importante registrar que tivemos um avanço jurisprudencial no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que reconheceu a executoriedade interna da obrigação de investigar e punir os desaparecimentos forçados (obrigação extrapecuniária):

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. REGIME MILITAR. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. PRESENÇA. RESTOS MORTAIS NÃO LOCALIZADOS. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUJEIÇÃO DO BRASIL ÀS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO GOMES LUND. DESAPARECIMENTO FORÇADO. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. EQUIVALÊNCIA COM A OCULTAÇÃO DE CADÁVER. NÃO APLICAÇÃO DA LEI DE ANISTIA. INVALIDADE PERANTE A CONVENÇÃO AMERICANA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. DISTINÇÃO. ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A LEI DE ANISTIA. ADPF 153. COMPATIBILIDADE COM A DECISÃO INTERNACIONAL.
>
> 1 – Indícios da adoção de procedimentos destinados a ocultar e dificultar a localização do cadáver. Tentativas de localização infrutíferas

---

35 Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Júlia Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") *Vs.* Brasil. Relatório sobre o cumprimento da sentença. 2014.

36 CEIA, E. Mesquita, *op. cit.*

> até a data de hoje. 2 – Conhecimento pelos agentes do DOI-CODI da identidade de Hiroaki Torigoe desde sua captura. Sepultamento com nome distinto. Negativa de informações à família. 3 – Indícios de materialidade e autoria presentes. 4 – A ocultação de cadáver é crime permanente, cuja consumação se protrai no tempo até a localização do cadáver ou restos mortais. Precedente do STF. Inocorrência da prescrição. 5 – A Lei de Anistia abrange delitos cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Como o cadáver ou restos mortais não foram localizados, sendo o crime permanente, não se verifica a anistia. 6 – A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no "Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e outros *vs.* Brasil" é de observância obrigatória pelo Brasil, que reconheceu a jurisdição da Corte através do Decreto 4463/2002. 7 – A ressalva temporal feita pelo Brasil quando do reconhecimento da jurisdição da Corte ("fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998") foi levada em conta na decisão. Entendimento de que o desaparecimento forçado é conduta permanente que, portanto, ultrapassa o marco temporal em questão. 8 – Ocultação de cadáver ainda em curso que se mostra equivalente ao conceito de desaparecimento forçado utilizado pela Corte. 9 – Inaplicabilidade da Lei de Anistia aos casos de desaparecimento forçado e execução extrajudicial. Regime de exceção vivido pelo Brasil e por outros países latino-americanos. Jurisprudência sedimentada da Corte Interamericana, baseada nos princípios e normas da Convenção Americana e do Direito Internacional. 10 – Decisão do E. STF na ADPF 153. Recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988. Tal decisão não se mostra incompatível com a decisão da Corte Interamericana. Controle de convencionalidade que não se confunde com o controle de constitucionalidade. 11 – A jurisprudência do STF reconhece a necessidade de a norma ser compatível tanto com a Constituição quanto com a Convenção Americana, como nas decisões que resultaram na Súmula Vinculante nº 25. 12 – Ademais, o STF confere hierarquia supralegal aos tratados previstos no art. 5º, § 2º, da Constituição. 13 – Competência da Corte Interamericana reconhecida pelo Brasil para interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica. 14 – Recurso a que se dá provimento (TRF3 – 5ª Turma. Recurso em sentido estrito Nº 0004823-25.2013.4.03.6181/SP. Relator André Nekatschalow *DJ* 01/12/2014).

Além dessa decisão, em 11 de dezembro de 2018, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou pedido dos proprietários da fazenda Brasil Verde, no sudeste do Pará, para trancar investigação que o Ministério Público Federal retomou após a condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No pedido de trancamento, os réus pretendiam impedir a reabertura do processo. A 4ª Turma do TRF1, por maioria, negou o pedido e reconheceu a obrigação de obedecer à sen-

tença da Corte, especialmente na parte que afirmou a obrigação de considerar o crime de redução à condição análoga à escravidão imprescritível.[37] Já temos decisões, portanto, que afirmam a necessidade de respeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a obrigatoriedade de cumprimento de suas decisões de forma integral, mesmo das obrigações extrapecuniárias.

Defende-se, portanto, que está o Estado Brasileiro vinculado ao cumprimento e promoção destas obrigações em qualquer caso, sob pena de ferir normas internas e internacionais às quais se vinculou e, principalmente, preceitos constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana e proteção e promoção dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, foram apresentados mecanismos que vinculam o Brasil ao cumprimento e execução integral das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ante o exposto, pela simples vinculação aos tratados acima explicitados e aceitação voluntária da jurisdição da Corte Interamericana, está o Estado brasileiro obrigado a cumprir eventuais sanções impostas. Ao não cumprir, estará desrespeitando normas e tratados nacionais e internacionais.

Muitas vezes, as denúncias são feitas ao Sistema Interamericano pela falta de investigação ou justamente pela demora para resolução dos casos por meio dos mecanismos internos. A execução da parte pecuniária das indenizações compensatórias pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra a Fazenda Pública tem sido mais aceita pela doutrina e jurisprudência. No entanto, a Convenção Americana não faz nenhuma distinção, utilizando-se do termo amplo "indenização compensatória" sem distinguir parte pecuniária e extrapecuniária no artigo 68.2. As obrigações de fazer ou não fazer, portanto, possuem os mesmos fundamentos para a execução direta e encontram na jurisprudência da Corte fundamentos bastantes para que possamos chegar a essa conclusão, além de terem uma função muito específica e relevante na reparação de graves violações aos direitos humanos.

Nesse sentido, a despeito dos compreensíveis esforços para elaborar leis para reger a execução das sentenças de Cortes Internacionais no âmbito interno, defende-se neste artigo que elas são desnecessárias, tendo em vista que os próprios tratados e nosso ordenamento já fornecem os subsídios necessários ao cumprimento integral dessas sentenças.

---

[37] Disponível em: http://www.mpf.mp.br/regiao1/sala-de-imprensa/noticias-r1/tribunal-manda-prosseguir-investigacao-do-mpf-por-caso-de-trabalho-escravo-na-fazenda-brasil-verde. Acesso em: 17 dez. 2018.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional* público. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAUJO, Nádia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. *In:* Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal*. 4. ed., 2013, v. 1, p. 33-50.

BERNARDES, M. N. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos* (Impresso), v. 15, p. 135-156, 2011.

CEIA, E. Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. V.

DULITZKY, Ariel. An inter-american constitutional court? the invention of the conventionality control by the inter-american Court of human rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, issue 1, p. 47-93, 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Las garantías judiciales en el pacto de San José de Costa Rica (interpretación evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 63-122, jul./dez. 2010.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos,* São Paulo, v. 3, n. 4, p. 30-47, jun. 2006.

PEREIRA, Luciano Menegueti. A cooperação jurídica internacional no Novo Código de Processo Civil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIX, n. 67, p. 18-34, set./dez. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *In:* CASELLA, P. B. (org.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de* São Paulo, v. 108, p. 621-647, jan./dez. 2013.

RESENDE, Augusto César Leite. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2013.

SCARPINELLA, Cassio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Saraiva, 2017.

SILVA, P. Pesquisas em processos judiciais. *In:* MACHADO, Maíra Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileiro*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 20-46, set./dez. 2016.

VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. *Implementação da cooperação jurídica internacional*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

Data de recebimento: 17/07/2018

Data de aprovação: 24/10/2018

FREEDOM AND EQUALITY IN JOHN RAWLS' THEORY OF JUSTICE

LIBERDADE E IGUALDADE NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

*Anna Paula Bagetti Zeifert**
*Daniel Rubens Cenci***
*Rodrigo Tonel****

ABSTRACT

This article analyzes the rawlsian proposal of society as an equitable system of cooperation and the relevance of the notions of freedom and equality as guiding elements of the principles of justice. In this sense, securing stability and the formation of a public reason so that societies might develop in a more just way by reconciling the most varied conceptions of good present within a society is a challenge for the project of social justice in Rawls. Some possibilities for conciliation among these different conceptions of good emerge in this context, demonstrating that it is necessary to strengthen the sense of justice in each subject so that, in the conflict between a conception of unreasonable good, the principles of justice prevail and begin to serve as guide for the establishment of social justice. Thus, based on the hypothetical-deductive approach, using a theoretical basis present in the contemporary political philosophy, the

* Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – e do Curso de Graduação em Direito (UNIJUI). Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq): Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade. E-mail: annazeifert@yahoo.com.br

** Pós-Doutor em Geopolítica Ambiental Latinoamericana (USACH – Universidade de Santiago do Chile); Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – e do Curso de Graduação em Direito (UNIJUI); Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq): Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade; E-mail: danielr@unijui.edu.br

*** Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq): Biopolítica e Direitos Humanos. E-mail: tonelr@yahoo.com

article invites us to reflect on the supposed theorists who structure the rawlsian conception for a just political society. It remains evident that the basic structure, one of the foundations of Rawls's ideal of social justice, is responsible for confronting injustices, challenging societies to review their actions. As complex as it may be the complete elimination of the contingencies that manifest within social life, it is the responsibility of the institutions to contribute to mitigating such intercurrences and promoting cooperation.

Keywords: Cooperation; Equality; Justice; Liberty.

RESUMO

O presente artigo analisa a proposta rawlsiana de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e a relevância das noções de liberdade e igualdade enquanto elementos norteadores dos princípios de justiça. Nesse sentido, garantir estabilidade e a formação de uma razão pública para que as sociedades possam se desenvolver de uma maneira mais justa, conciliando as mais variadas concepções de bem presentes no interior de uma sociedade, é um desafio para o projeto de justiça social em Rawls. Algumas possibilidades de conciliação entre essas diferentes concepções de bem emergem nesse contexto, demonstrando ser necessário fortalecer o sentido da justiça em cada sujeito a fim de que, no embate entre uma concepção de bem não razoável, os princípios de justiça prevaleçam e passem a servir de guia para a instauração da justiça social. Assim sendo, com base no método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando uma base teórica presente na filosofia política contemporânea, o artigo convida a refletir sobre os supostos teóricos que estruturam a concepção rawlsiana para uma sociedade política justa. Resta evidente que a estrutura básica, um dos fundamentos do ideal de justiça social em Rawls, é responsável pelo enfrentamento das injustiças, desafiando as sociedades a rever suas ações. Por mais complexo que seja a completa eliminação das contingências que se manifestam no interior da vida social, é responsabilidade das instituições contribuir para amenizar tais intercorrências e promover a cooperação.

Palavras-chave: Cooperação; Igualdade; Justiça; Liberdade.

INTRODUCTION

Justice as equity aims to present a conception of justice that might be shared by all citizens.[1] In order for it to be possible, Rawls conceived his proposal from

[1] The Rawlsian proposal of justice as equity has undergone some reformulations since *A theory* (1971) to *Political liberalism* (1993). Notably, in the first work we observe the predominance of the ethical character, which is overcome in the second work, when the proposal is to emphasize an objectively political conception of justice, present in each of the author's arguments.

the social contract theory, thinking that would be permissible to raise it to the highest level of abstraction, so that the principles of justice could be consensually established. It appears, in this context, as a proposal for the formulation of such political principles of justice, the idea of original position.[2]

The agreement, so that those principles may be born, can only happen within the original position, away from any external interference that may result in particular advantages for the related parties.[3]

In this sense, Rawls introduces an artifice for representation, that he calls the *veil of ignorance*,[4] which will be able to prevent those involved in the process of establishing the principles of justice, called parties, from knowing the advantages that they would have in deciding, in one way or another, with respect to the principles of justice that will give the guidelines for the basic structure of society.[5]

According to Rawls (2001) once at the original position, it is necessary that all the contingencies have to be abstracted during the establishment of the principles of justice. Such contingencies are related to particular circumstances and characteristics from the individuals and, therefore, they have to be eliminated when it comes to the political proposal of justice.[6] The task of conceiving principles of justice, free from

---

2 Forst (2010, p. 174) highlights that, "the parties in the 'original position' are endowed with the capacity for rational reflection based on certain information on the 'circumstances of justice' and on the issues of economic and social organization: scarce resources, conditions of economic efficiency, subjective interests and capacities for cooperation are assumptions. The construction of the original position leads everyone to be in an equal situation and choosing principles of equality that ensure that (a) each individual can execute his talents and life plans; (b) that this accomplishment occurs in conditions of justice that prevent the emergence of inequalities that permanently deprive part of the population of taking advantage of this opportunity".

3 To Dworkin (2005, p. 181), "the members of the 'original position', in which the principles of justice are chosen, act as trustees of other persons, whose social and economic position, talents and abilities, tastes, and conceptions of good, are unseen from the trustee under the 'veil of ignorance'. The trustees from the original position, and the conditions of the original position, are patterned in such a way that they admit that people have a fundamental interest in freedom".

4 In this sense, "through the 'veil of ignorance', the parties are compelled to put themselves in the place of each individual in this society, being this individual talented, successful, affluent, or unsuccessful; from this or that generation". (FORST, 2010, p. 174).

5 As Rawls (1999, p. 11) observes "[...] no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances. Since all are similarly situated and no one is able to design principles to favor his particular condition, the principles of justice are the result of a fair agreement or bargain. For given the circumstances of the original position, the symmetry of everyone's relations to each other, this initial situation is fair between individuals as moral persons, that is, as rational beings with their own ends and capable, I shall assume, of a sense of justice. The original position is, one might say, the appropriate initial status quo, and thus the fundamental agreements reached in it are fair".

6 To Rawls (2001, p. 16) "[...] eliminate the bargaining advantages that inevitably arise over time within any society as a result of cumulative social and historical tendencies. Contingent histo-

such contingencies, is a responsibility from the parties, who as representatives of the citizens would exercise such a function within the original position.

Therefore, the present article analyzes in what sense society as an equitable system of cooperation, the notion of basic structure and well-ordered society, are fundamental ideas that permeate the discussions about justice in the theory of John Rawls. All these ideas are interconnected with two other equally indispensable ideas represented by the principles of social justice and the conception of person as free and equal. In order to organize such ideas and make them consistent with the proposal of this article, we will take as our starting point the following notions: original position, as an agreement that is stipulated in an equitable way for the establishment of principles of justice and the conception of what Rawls calls parts, a qualification present in the process of choosing the principles of justice. It is only after realizing these first considerations that we can understand the Rawlsian proposal of cooperative society and the idea of freedom and equality present in his theory, fundamental for the realization of a just society.

THE PARTIES IN THE ORIGINAL POSITION AND THE GUIDELINES FOR THE CONSTRUCTION OF THE BASIC STRUCTURE OF SOCIETY

The parties, acting as rational agents,[7] recognized as free[8] and equals,[9] would specify the equitable terms of cooperation from the principles of justice

---

rical advantages and accidental influences from the past should not affect an agreement on principles that are to regulate the basic structure from the present into the future".

7 The description of the parties by Rawls (2001) is created and developed from the idea of rational, artificial and non-political autonomy. It means that the parties would have the ability to firm an agreement or to reach consensus on a particular matter. As the author himself points out, rational autonomy would be a kind of pure procedural justice, since it represents the interests of the citizens themselves when they specify the equitable terms of cooperation that will be reflected by the principles of justice. In other words, the fair procedure will necessarily produce a fair outcome.

8 The issue of freedom in Rawls is something that is directly related to the concept of person and the ability to participate in social life. Nussbaum notes that the American author "[...] does not accept tradition, since they do not admit that pre-political natural rights exist. He affirms, however, that equality is founded on natural capabilities, in particular on the capacity to develop a sense of justice". Considering what says the tradition, according to Nussbaum, the right to freedom is understood as a pre-political value, "the parts of the social contract are, first of all, *free*: that is, no one owns the other, nobody is a slave of another. The postulate of natural liberty is a very important part of the attack of tradition on various forms of hierarchy and tyranny" (NUSSBAUM, 2013, p. 35-36, griffin of the author).

9 Nussbaum (2013, p. 37-38) observes that it is a characteristic from the contractualist doctrines "[...] that the parties begin negotiation in a situation of approximate *equality* – not only moral equality, but an approximate equality of capacities and resources. All the advantages and hierarchies between human beings that are created by wealth, birth, class, etc. are imaginatively absent, and we are left with the naked human being, so to speak". Rawls, in Nussbaum's view, clearly distinguishes these two types of equality, but they appear as prerequisites, as the basis that support his theory.

in order to reach an agreement for the construction of the basic structure of society. The consensus on which principles the parties agree on would be "[...] deductively by reasoning from how the parties are situated and described, the alternatives open to them, and from what the parties count as reasons and the information available to them" (RAWLS, 2001, p. 17).

The question that may arise after these affirmations regarding the parties and their action for the creation of the guidelines for the basic structure of the society is how the fair terms of cooperation are determined. Would they be dictated by the divine law? By an ethical moral order? By intuitions? By natural law? Or by the particular interests of the citizens themselves? Just to delimitate his starting point, Rawls (2001, p. 15) highlights the following:

> The fair terms of social cooperation are to be given by an agreement entered into by those engaged in it. One reason it does this is that, given the assumption of reasonable pluralism, citizens cannot agree on any moral authority, say a sacred text or a religious institution or tradition. Nor can they agree about a moral order of values or the dictates of what some view as natural law. So what better alternative is there than an agreement between citizens themselves reached under conditions that are fair for all?

Once in the original position, the parties do not know the particular interests of the citizens they represent nor the social position they occupy, the comprehensive moral doctrine they follow, as well as "[...] race and ethnics group, sex, or various native endowments such as strength and intelligence, all within the normal range", and this qualifies what we have previously called the "veil of ignorance": the impossibility of being touched by any particular interest or advantage (RAWLS, 2001, p. 15).

The rational autonomy present in the original position enables the parties to choose the principles of justice that they suppose that are acceptable and appropriate for the society. Such principles "would be selected as the result of a rational deliberation process, understood as a process carried out by the parties". Therefore, the parties would be free to decide upon the possible principles of justice in accordance with the limits imposed by the original position itself, always considering what will be the most appropriate and advantageous for the individuals they represent as citizens. Thus, the citizens would also be carriers of this rational autonomy at the moment they are free to conceive their own conception of good within the limits of political justice and accomplish their interests associated with their moral capacity (RAWLS, 2000, p. 118).

As the author himself points out, we cannot forget that when we refer to rational autonomy, we're actually using a representation artifice, "artifice of reason", since we would be working inside the original position that effectively

represents an artifice in the Rawlsian theory. Therefore, considering the previous approach, the parties would elect the following principles of justice:[10]

> (a) Each person has the same indefeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and (b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to (be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle) (RAWLS, 2001, p. 42).

It is now worth to inquire how would the parties reach these principles and how would they be sure that they would be endorsed by the citizens from a society? – considering that the original position should be indifferent to any external interference and covered by a veil of ignorance.

In an attempt to explain what would be considered during the construction of the principles, Rawls (2000, p. 229) points to a list of primary goods,[11] which are relevant to the free and equal citizens in a well-ordered society, such as rights, freedoms, basic opportunities, income and wealth, and the social bases of self-respect.[12] The primary goods represent, objectively, what citizens would endorse as essential characteristics and should be present within the principles of justice. They comprise "a practicable public base", which can be expanded over time as well as society becomes more complex.

---

[10] Forst (2010, p. 174) adduces that: "These principles of justice do not guarantee equal distribution of all basic goods. However, it requires equality: *absolute*, for the fundamental rights and freedoms of the individual, *the greatest* possible for the opportunity; and *relative* to material resources, according to which inequalities need to be justified but, eventually, may even be justified" (griffin of the author).

[11] Therefore, "this list of basic goods fulfills a central function: they represent those defined in a sufficiently formal way that serve as 'means for all purposes', necessary for the realization of the individual conceptions and proper from the good and which are defined in a sufficiently substantive way to provide a criterion of equal social opportunities. The list of basic goods forms the basis for the parties decision in the 'original position' to find principles that distribute these goods in the best possible way without sacrificing individual freedom in the name of equality and vice versa" (FORST, 2010, p. 174).

[12] As described by Dworkin (2005, p. 181), referring to Rawls, "the self-respect would be offered by the trustees (parties), to the citizens of a well-ordered society, being treated as a major good. Thus, self-respect would be constituted by two elements: 'the trust we have in ourselves as fully cooperative members of society, substantiated in the development and exercise of the two moral powers' and 'the security of our own value, substantiated on the conviction that we accomplish an advantageous life plan'. [Rawls] believes that trustees would protect the priority of freedom, among other reasons, because 'self-respect is encouraged and sustained more effectively by the two principles of justice, again precisely due to the insistence on fundamental egalitarian freedoms'".

THE CHOICE OF THE PRINCIPLES AND THE CRITIQUES DIRECTED TO THE LIST OF PRIMARY GOODS

The Rawlsian proposal of justice as equity, the idea of original position, choice of principles and its list of primary goods, has been severely criticized by some authors. It is interesting to note, in this context, the comments made both by Amartya Sen (2011) and by Robert Nozick (1991).[13] The first one observes how fundamental is the variation among people when it comes to their basic capacities to effectively use the primary goods in such a way that it could promote personal achievement; the second one, however, accuses Rawls of dissociating himself from historical experience, which would compromise his theory of justice.

Many of these criticisms appear in the book *Political liberalism* (1993), especially the criticisms related to the conception of person and capacities (moral, intellectual and physical). For Sen (2011), both the conception of person and the idea of capacities, were not satisfactorily treated by Rawls, as well as the conceptions of good in its preferences and likes.

Another author who also criticizes the Rawlsian proposal is Nozick in his book known as *Anarquia, Estado e Utopia*. According to Nozick's conception, there is a significant distance from the Rawlsian proposal regarding the historical and political issues that are part of the social reality. In his words,

> A norm that justifies principles of distributive justice, with which rational people, who know nothing about themselves or their stories, would agree, *ensures that the principles of justice from the final result will be accepted as fundamental*. Perhaps some historical principles of justice may be derived from final state principles, the same way as the utilitarians try to derive individual rights, prohibitions on the punishment of innocents, etc., from their principle of final result. Perhaps these arguments can be worked out even for the principle of the right to things. However, it seems that in the first case, the participants in Rawls's initial position could not agree on any historical principle. This is because people who gather under a veil of ignorance in order to decide who gets what, knowing nothing about any special rights that people may have, will treat everything to be distributed as manna fallen from the heavens (NOZICK, 1991, p. 215, griffin of the author).

---

[13] To Nozick (1991, p. 218-219), "Rawls's interpretation is incapable of producing a right to things or a historical conception of distributive justice [...] If the historical principles of the right to things are fundamental, then Rawls's interpretation at best produces approximations of them, but the erroneous types of reasons for them and their derived results, sometimes clash with the exactly correct principles. The whole procedure of people who choose principles in Rawls's initial position presupposes that any historical conception of the right to things or property is not correct".

Specifically, the principles of justice were criticized by Sen in his book *The idea of justice* (2011). The author reignites the discussion about the previous issues, but he also notes that Rawls understood his initial notes, and in the *Political liberalism* (1993), he made corrections.[14] In certain passages of his book, Rawls effectively understood and located the problems had been pointed out by Sen, and recognized the need to make revisions in order to resolve possible misunderstandings. Rawls (2000) emphasizes, however, that he is not interested in deepening certain issues in which Sen had worked exhaustively, specifically when dealing with the basic capacities of citizens within a society.

The need for a certain starting point, dedicated for the choice of the principles that will be elected from a list of primary goods, has everything to do with the social structure created by Rawls.[15] His proposal for a democratic, constitutional and well-ordered society, constituted by free and equal citizens, as fully cooperative members throughout life, presupposes minimum capacities, less comprehensive than the proposal suggested by Sen.[16]

As Rawls himself (2000, p. 230-231) makes explicit "although citizens do not have equal capacities, [they must] have indeed, at least in the minimum essential degree, the moral, intellectual and physical faculties [...]" which enable them to cooperate in society.

---

[14] Sen (2011, p. 255-256) states that, "given the importance of the distance between capabilities and resources, for reasons already discussed, it is difficult not to be skeptical about the principle of difference proposed by John Rawls, that focuses entirely on the primary goods to judge distributive issues according to its 'principles of justice' to the society's institutional basis. This divergence, with all its importance, obviously does not mean Rawls's lack of concern with the importance of substantive freedom – as I have already noted in this paper. Although Rawls's principles of justice focus on primary goods, somewhere else he addresses the need to correct this focus on resources to better grasp people's real freedom. Rawls' broad sympathy for the disadvantaged is abundantly reflected in his works. I believe that Rawls is also motivated by his concern for the distributive equity of substantive freedoms and capabilities, but by justifying his principles of justice through the informational perspective of primary goods included in the principle of difference, he leaves the determination of 'just/fair institutions' to the distributive justice and to the basic institutional orientation exclusively on the slender shoulders of primary goods. This does not grant his underlying concern with capabilities enough space for them to influence the institutional phase by which their principles of justice are directly interested".

[15] To Forst (2010, p. 174), "the first principle enjoys priority over the second (principle of difference). However, there is an internal normative link between the two: the second principle of equality of opportunity and social justice is necessary for the *realization* of the subjective rights of the first" (griffin by the author).

[16] Although there are divergences between the theories proposed by Rawls (primary goods) and Sen (capacities), both provide relevant contributions to think a theory of justice. We might say that Rawls and Sen complete themselves even though there are many antagonistic points.

Therefore, we emphasize that Rawls (2000) does not ignore the existence of variations[17] in the citizens' capabilities, nevertheless, he proposes that an analysis should be made of them, starting right from the satisfaction of the principles of justice that consider a list of primary goods since its formulation. This exercise would result in the realization of justice inside a society, guaranteeing an existential minimum for a dignified life. Rawls proposes to citizens, as members, the need for mutual respect and cooperation.

In accordance to Weber (2013, p. 207),

> the definition of this existential minimum content is, however, the object of much divergence. Understand it as the satisfaction of the basic necessities of life – a kind of physical survival – is too restricted. Sarlet, referring to the effectiveness of the dignity of human person, draws attention to the existential minimum as a fundamental right that is related not only to "a set of benefits sufficient barely to ensure the human existence (the guarantee of life), [...] but a life with dignity, in the sense of healthy life". It places, therefore, in its base, the dignity and its forms of concretization and does not reduce the existential minimum to the "vital minimum".

In this sense, there is a variety of definitions about the expression *existential minimum*, and the author goes on to say that, "the fact is that it is not possible to determine abstractly the content of this existential minimum. Its demands may vary according to the economic, cultural and social conditions of a nation". However, we can adopt some criteria as the basis for defining what would be the guarantee of a decent life. "Social rights such as health, education and housing are among them. Therefore, as a first delimitation, it's possible to affirm that the content of the existential minimum is constituted basically by the fundamental social rights [...]". The guarantee of a dignified existence goes beyond the notion of physical survival, but instead it implies the development of personality as a whole. "Living is not just surviving" (WEBER, 2013, p. 207).

The difficulty in getting in a consensus regarding the conceptualization of what effectively would be the existential minimum, we decided to consider, for the present study, the Rawlsian position; it is with this position that we intend to advance in the intricacies of the proposal of a just/fair society. Thus, in this just/fair society, the notion of an existential minimum is directly related to the pos-

---

[17] "The four main types of variations are: (a) variations in moral and intellectual capacities and abilities; b) variations in physical capacities and abilities, including the effects of diseases and fatalities on natural capacities; c) variations in the conceptions of the well-accepted by the citizens (the fact of reasonable pluralism); and d) variations in likes and preferences, although the latter are less profound" (RAWLS, 2000, p. 231, our translation).

sibility of a dignified life, which satisfies the basic needs of the citizens and broadly guarantees the fundamental rights. The observance of the essential constitutional elements would already fully perform the content of the existential minimum.

After, understanding these variations and also considering that we are dealing with the construction of a fully cooperative society, formed by free and equal citizens willing to collaborate throughout life, it is possible to realize that the conception of person, created by Rawls, limits the comprehension of who would effectively be part of such society.[18] As highlights the author, "the only variations in moral, intellectual and physical capacities are those above the essential minimum" (RAWLS, 2000, p. 231). In acc

ordance to Rawls's observation on the Principle of Difference,[19] such variations would be quickly solved by social adjustment mechanisms that would provide stability.

The political conception of justice expands the idea of citizenship and seeks the fulfillment of rights and freedoms. This idea is contemplated by the list of primary goods that goes beyond the necessary minimum to participate as cooperative, free and equal citizens in a society.

As highlights Forst (2010, p. 171), "citizenship is a complex concept because it must also reach ethnic-cultural differences, legal equality and common political characteristics." It involves the recognition of the citizens' equality and their differences as well. In terms of equality, the author emphasizes "equality as ethical people, as people of law and as fellow citizens", fundamental requirements in order to be considered "full members of the political community".

With Forst, it is possible to analyze how Rawls works this idea of full citizenship, considering his proposal of social justice. Participation in society, as a citizen, must be understood as the hard core of Rawls's theory of social justice. In other words, the principle of citizenship would serve as the basis on the Rawlsian proposal of social justice, founded on the mutual respect among its members, even in a plural society, composed by a myriad of conceptions of good.

---

[18] To the American author "[...] the variations that place some citizens below the dividing line, as a result of illness or fatality (since we admit these circumstances), can be resolved, in my opinion, in the legislative stage, when the occurrence of these misfortunes and their types are known and the costs of their treatment can be verified and computed in the total expenditures of the government. The goal is to restore people's health through medical treatment so that they can become fully cooperative members of society" (RAWLS, 2000, p. 231-232).

[19] In this sense, "[...] a principle of distributive justice in the narrow sense. [...] is subordinate to both the first principle of justice (guaranteeing the equal basic liberties) and the principle of fair equality of opportunity [...] the difference principle requires that however great the inequalities in wealth and income may be, and however willing people are to work to earn their greater shares of output, existing inequalities must contribute effectively to the benefit of the least advantaged. Otherwise the inequalities are not permissible" (RAWLS, 2001, p. 86-87).

For this reason, Forst (2010, p. 172-173) reaffirms that it is not possible to forget that the Rawlsian theory of social justice is justified by the idea of original position and by the concept of person (ideal of person). This would correspond to "an ideal of social co-operation among such persons who have incompatible conceptions of good and a common sense for justice".

THE NORMATIVE CONCEPTION OF PERSON AND THE RAWLS' IDEA OF FREEDOM AND EQUALITY

The Rawlsian proposition of a well-ordered society requires a conception of person with certain moral qualities, compatible with his ideals of justice as equity. The conception of political justice to be applied at the society's basic structure requires the configuration of free and equal citizens, reasonable and rational as well as capable of being part of the cooperative system that is intended to be built. Thus, the perception of person in Rawls' idea is a political conception and it involves the participation of the citizens endowed with moral qualities, in such way that it's possible to favor the mutual system of cooperation, that will serve as the basis for a democratic liberal society.

Social co-operation, which has been presented in the theory of justice as equity, requires citizens to help each other, that is, to cooperate with one another with the purpose of building a cooperative society. For this to happen in such effective way, it is necessary that the individuals involved, being free and equal citizens, understand how important is their participation and collaboration so that justice as equity may become as a social justice project.

Notwithstanding, before we talk about the citizens role in the construction of the cooperative society, it is necessary to define what represents the idea of free and equal citizens in the conception of person proposed by Rawls, a definition that is political-normative one. The notion of person that involves a political conception, neither metaphysical nor psychological, is a formulation compatible with the very idea of justice present in a democratic society. In Rawls (2001, p. 24), the normative conception of a free and equal person

> [...] is given by our moral and political thought and practice, and it is studied by moral and political philosophy and by the philosophy of law. In specifying the central organizing idea of society as a fair system of cooperation, we use the companion idea of free and equal persons as those who can play the role of fully cooperating members. This conception of the person is not to be mistaken for the conception of a human being (a member of the species homo sapiens), [...] to characterize the person, we must add to these concepts those used to formulate the powers of reason, inference, and judgment. These are essential companion powers to the two moral powers and are required for their exercise and for the practice of the virtues.

We aim to clarify, from now on, what Rawls understands as free individuals, while fundamental quality to participate in the cooperative social system. Secondly, our goal is to make explicit the idea of citizens as equal individuals and their relation to the Rawlsian social justice project. It is important to note that once we have a glimpse of these two qualities, it's possible to understand and analyze the proposal of social justice present within justice as equity, which requires respect and equal treatment for all its members, and the relevance of participants as active agents in this cooperative system.

The notion of citizens as free individuals in Rawls's conception (2001, p. 21) is an idea that has always been present within a democratic society. "Citizens are free in that they conceive of themselves and of one another as having the moral power to have a conception of the good". This, however, doesn't mean the commitment with a single conception of good, but the capacity to re-evaluate and even alter such conception.

By this bias, there wouldn't be one single conception of the dominant good, but instead, several conceptions of good that could be adopted independently. The conception of good – which free citizens intend to affirm in the private sphere –, in this way, cannot influence the way of acting and being in the cooperative society. The American author understands that "public and legal identity as a free person is not affected by changes that may occur, in time, in the specific conception of good that they affirm" (RAWLS, 2001, p. 21).

In this context, Rawls (2001, p. 21-22) argues that:

> [...] when citizens convert from one religion to another, or no longer affirm an established religious faith, they do not cease to be, for questions of political justice, the same persons they were before. There is no loss of what we may call their public, or legal, identity—their identity as a matter of basic law. In general, they still have the same basic rights and duties, they own the same property and can make the same claims as before, except insofaras these claims were connected with their previous religious affiliation.

The author refers to two types of identity: the public or legal and the non--legal or moral. The first involves its status as a citizen in a political society and the list of fundamental rights in which it is linked. The second refers to the non-political involvement of each citizen inside society. Rawls (2001) is referring to the various values that permeate the private life of everyone, religious, moral, and philosophical convictions, as well as his affinity with particular association and groups that are part of his life history and give meaning to his own existence.

By referring to the two forms of identity, "[...] two kinds of commitments and attachments – political and non-political – specify moral identity and give shape to a person's way of life, what one sees oneself as doing and trying to ac-

complish in the social world". Besides, they serve as a sort of guide, such as a compass that shows the direction to life itself. No matter how conceptions of good may change throughout life and beliefs may be born, the legal-public identity will remain unchanged. As members of a well-ordered society, the personal identity acquired at birth, that is, the condition of belonging will remain unchanged over time (RAWLS, 2001, p. 22).

It also matches with the notion of free citizens, the possibility that the conceptions of good, which the citizens adopt and their demands – if compatible with the political conception that guides society – are accepted as part of the latent demands on the democratic society. The condition imposed on such situation is the need that those demands – that come from the comprehensive moral doctrines – are reasonable and able to coexist harmoniously with the political ideals present in a public conception of justice. It is necessary, therefore, a compatibility between the conception of good and the political conception of justice, reinforcing the notion of reasonableness present in the Rawlsian doctrine.

We turn now to the Rawlsian understanding of equality as a moral quality. For the author, as part of the moral faculties that qualify the individual to participate in the cooperative system in a well-ordered society, the notion of equality would be related to the possibility of minimally having the conditions to cooperate in that society. In Rawls' words (2001, p. 20, our translation), "to engage in social cooperation throughout life and to participate in society as equal citizens. To have these faculties [minimally] is what we consider as the basis of equality between citizens as persons".

The author assumes that the basis of equality is the minimum ability to have a sense of justice. For this to be possible, Rawls (1999) feels that, most of the times, it is necessary to reflect on the notion of an ethical person, which is fundamental for understanding the limits of justice as equity and of the normative conception of person. He considers an ethical person the one who is capable of having a conception of good that expresses a rational plan of life and who endorses the application of principles of justice, acting in accordance with its guidelines, in order to substantiate a sense of justice minimally.

In this sense, when we think of equal justice for everybody within a well--ordered society – which has as its proposal the realization of a political conception of justice – two fundamental and necessary questions emerge for its maintenance: the capacity of unrestricted participation in its construction and the perception of mutual advantage in adhering to the agreement.

For Cabrita (2013, p.338), in Ralws, it's possible to understand the

> [...] idea of equal opportunity from two different senses: 1) as a principle of 'careers open to competences' – in this sense, it is a principle of non-discrimination before the law and is therefore relevant for histori-

> cally discriminated individuals (the poor, women, racial minorities, etc.); and 2) as 'equitable equality of opportunities' – aims not only to abolish discriminatory legal barriers but also to guarantee those who are born in an unfavorable situation that is not thereby deprived of their access to different functions and positions. Consequently, it is up to the State to provide the necessary means to increase the expectations of the individuals when they are, by mere chance, found from an unfavorable social situation.

The full capacity to participate in co-operative life is directly related to the idea of present equality, as a necessary moral quality for the configuration of the conception of person in Rawls, and it agrees with the ideals of justice as equity, more specifically with the conditions so that such project may be accomplished. Equality, in this context, imposes the condition that in a cooperative society, all individuals are seen as equal and have the same conditions as members, being allowed differences only when the very basis of the shared political justice authorizes.

CONCLUSION

Ensuring stability for a well-ordered society is one of Rawls's goals in *A theory* while a social justice project. The principles of justice endorsed by citizens would guarantee stability, the formation of a public reason and the development of a fairer society. Such stability, that in *Political liberalism*, he calls consensus, more precisely of *overlapping consensus*. As free and equal persons, citizens would cooperate with each other, creating all the necessary conditions for social stability in order to promote the idea of justice, which would result in a full conception of justice.

Reconciling the most varied conceptions of good presented within a society is quite a challenge, and Rawls pursued this goal throughout his social justice project. In *A theory*, the author proposes some possibilities of conciliation between these different conceptions of good, demonstrating that it is necessary to strengthen the sense of justice in each citizen so that, when in conflict with a conception of unreasonable good, the principles of justice prevail and start to serve as a guide for the establishment of social justice.

Thus, reflecting on the supposed theorists who structure the Rawlsian conception for a fair/just political society, we find that the basic structure, one of the foundations of Rawls's ideal of social justice, is responsible for coping with injustices, challenging societies to review their actions. Although, it may be complex the complete elimination of contingencies that manifest themselves within social life, it is the responsibility of the institutions to contribute to assuage such intercurrences and to promote social cooperation. The principles of

justice proposed in the Rawlsian theory are intended to contribute to these necessary adjustments within society, always with the aim of improving the idea of justice.

The ideal of a Rawlsian society requires the existence of cooperation among citizens and it involves a political conception of person, which is a compatible formulation with the idea of justice present in a democratic society. What matters for the stability of a democratic and well-ordered society is that all citizens endorse the same conception of justice, and that a good from a society would be able to flourish with the intention of uniting everyone in an egalitarian project of justice. Considering that, there must be a reasonable balance between comprehensive moral doctrines and political values, always prevailing political/public interest.

REFERENCES

CABRITA, M. J. Commentary on "freedom and social justice". *In: Diacritics*: *Journal of the Center for Humanistic Studies*, University of Minho, Portugal: Humus, n. 27/2, chap. IV, 2013 (Series philosophy and culture).

DWORKIN, R. *The sovereign virtue:* the theory and practice of equality. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FORST, Rainer. *Contexts of justice:* political philosophy beyond liberalism and communitarianism. São Paulo: Boitempo, 2010.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

NUSSBAUM, Martha. C. *Borders of justice*: disability, nationality, belonging to the species. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *Justice as fairness*: a restatement. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. *Political liberalism*. 2. ed. São Paulo: Attica, 2000.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

WEBER, Thadeu. *Ethics and philosophy of law*: autonomy and dignity of the human person. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

Data de recebimento: 17/07/2018

Data de aprovação: 30/07/2018

LIBERALISMO E REPUBLICANISMO: DOIS FUNDAMENTOS PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LIBERALISM AND REPUBLICANISM: TWO FOUNDATIONS FOR FREE SPEECH

Vitor Amaral Medrado*

RESUMO

O presente artigo argumenta que o direito à liberdade de expressão encontra fundamento em duas diferentes matrizes da teoria da justiça: a liberal e a republicana. Na perspectiva liberal, destaca-se a lição de Dworkin: a liberdade e a igualdade não são valores antagônicos, mas cooriginários. A igualdade está implícita na ideia de que todos devem ter o direito de opinar e participar da vida pública, por mais temerários que sejam os seus pontos de vista. Por outro lado, em uma perspectiva republicana, apesar de serem críticos em alguma medida da tradição liberal, autores como Michael Sandel e Mortimer Sellers providenciam uma robusta defesa do debate público, do qual as mais diversas concepções sobre o que é o bem podem e devem participar. Para os republicanos, mesmo que as questões morais sejam muito difíceis de ser resolvidas, não é razoável evitá-las.

Palavras-chave: Filosofia do direito; Liberdade de expressão; Teorias da justiça; Liberalismo; Republicanismo.

ABSTRACT

This paper argues that the right to free speech is based on two different matrices of the theory of justice: liberal and republican. In the liberal perspective, Dworkin's lesson stands out: freedom and equality are not antagonistic but co-operative values. Equality is implicit in the idea that everyone should have the right to express opinions and take part in public

* Doutor *Cum laude* (2018) em Teoria do Direito pela PUC Minas – com estágio doutoral na University of Baltimore School of Law (Baltimore, EUA) pela Capes (2015-2016). Mestre *Magna Cum Laude* (2014) em Teoria do Direito pela PUC Minas. Graduado em Direito pela PUC Minas. Graduado em Filosofia pela UFMG. Professor de Direito da PUC Minas. E-mail: vitormedrado@gmail.com.

life, however reckless their views may be. On the other hand, in a republican perspective, although they are critical to some extent of the liberal tradition, authors such as Michael Sandel and Mortimer Sellers provide a robust defense of the public debate, from which the most diverse conceptions of what is good can and must to participate. For Republicans, even if moral issues are very difficult to solve, it is not reasonable to avoid them.

Keywords: Philosophy of law; Freedom of Expression; Theories of Justice; Liberalism; Republicanism.

INTRODUÇÃO

"Sunlight is said to be the best of disinfectants."
(BRANDEIS, 1927)

Nos Estados Unidos, um rico debate foi desenvolvido envolvendo tanto o Judiciário como a academia sobre o *free speech*. Sobretudo ao longo do último século, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem se debruçado sobre o tema da liberdade de expressão a fim de estabelecer a sua abrangência e os seus limites.

Entretanto, foi apenas a partir da primeira metade do século XX que a jurisprudência americana passou a dar primazia à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. Hoje, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos é uma espécie de vanguarda das liberdades no mundo. Ao passo que outras democracias desenvolvidas são marcadas pela limitação a essas liberdades perante outras exigências, a Suprema Corte dos Estados Unidos considera as liberdades direitos prioritários, mesmo em casos que envolvem a segurança do governo ou opiniões extravagantes e perigosas.

A consolidação da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a liberdade de expressão foi acompanhada de um profundo debate acadêmico que chegou até os dias de hoje. Entre outros, autores como Ronald Dworkin, Owen Fiss, Cass Sunstein e Jeremy Waldron dedicaram obras inteiras nas últimas décadas para discutir a liberdade de expressão e os limites. Apesar da atualidade deste debate, no entanto, ele ainda está restrito em grande medida aos Estados Unidos e à Europa. No Brasil, o debate acadêmico-teórico sobre a liberdade de expressão ainda é bastante incipiente. Isso em decorrência, por um lado, da inerente complexidade das discussões, e, por outro, devido à ausência de boas traduções para o português das principais obras, que, em geral, estão disponíveis apenas em língua inglesa.

O presente trabalho pretende contribuir para este debate ao, a partir de um recorte epistemológico, apresentar ao leitor parte do debate realizado em língua inglesa sobre a liberdade de expressão. A maneira como essa apresentação se dará,

entretanto, vai além de uma mera exposição teórica do debate. Ao contrário, faremos uma abordagem sistemática para mostrar que duas diferentes matrizes da teoria da justiça, muitas vezes pensadas de maneira antagônica, oferecem fundamentos para o direito à liberdade de expressão: o liberalismo e o republicanismo. Se for possível mostrar que a liberdade de expressão tem fulcro nessas duas tradições do pensamento, restará evidenciada a importância da garantia e proteção da liberdade de expressão nas sociedades complexas contemporâneas, qualquer que seja a abordagem teórica.

UMA DEFESA LIBERAL DAS LIBERDADES

Dworkin parte da legitimidade democrática para rejeitar a legislação sobre o *hate speech*. Em seu livro *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana*[1], Dworkin pretende defender uma posição de centro no debate sobre a Primeira Emenda, não concordando com as críticas nem à direita, nem à esquerda[2].

Na perspectiva de Dworkin, coexistem duas justificativas diferentes para a liberdade de expressão e para a liberdade de imprensa nos Estados Unidos. A primeira categoria diz que a liberdade de expressão tem uma importância *instrumental*, isto é, ela é importante porque promove efeitos benéficos, seja na concepção de Holmes, porque torna mais fácil descobrir a verdade e a falsidade na política e dá mais clareza sobre os melhores cursos para as ações públicas, seja na perspectiva de Madison, porque a liberdade de expressão ajuda a proteger o autogoverno do povo[3]. Por sua vez, o segundo tipo de justificação leva em conta não apenas as consequências da garantia da liberdade de expressão, mas também respeita a dignidade individual dos cidadãos.

A justificação instrumental é, entretanto, frágil, pois, em alguns casos, "as metas estratégicas às quais ela faz apelo parecem exigir uma limitação à liberdade de expressão, e não a proteção desta"[4]. Além disso, a primeira justificação é mais limitada, pois abarca tão somente a expressão do discurso político.

A concepção madisoniana da Primeira Emenda não é capaz de justificar a defesa da liberdade de expressão em situações contramajoritárias. Ao contrário, a segunda justificativa para a liberdade de expressão abrange "todos os aspectos

---

1 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

2 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 264.

3 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 319.

4 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 319.

da expressão ou do pensamento cuja independência é exigida pela responsabilidade moral"[5]. O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão não se baseia apenas nas consequências da garantia da liberdade, mas leva em conta a necessidade de tomar os cidadãos adultos como "agentes morais responsáveis"[6]. Essa é uma exigência essencial e constitutiva de uma sociedade política justa, pois é preciso conceber as pessoas como moralmente responsáveis em tomar suas próprias decisões e julgar sobre o que é bom ou mau na vida e na política, e assim também em relação à justiça ou à fé.

Do ponto de vista de Dworkin, "o Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis"[7]. Nós apenas conservamos a nossa dignidade pessoal quando nos concebemos como dotados de responsabilidade suficiente para ouvir e ponderar as diversas opiniões, sem a interferência do governante ou da maioria dos cidadãos[8].

Um debate que ajuda a esclarecer essas ideias é aquele sobre a pornografia. É evidente que as mulheres estão sujeitas a vários tipos de violências, simbólicas, físicas e, sobretudo, sexuais, às quais os homens não são sujeitos, mas, segundo Catharine MacKinnon, uma das causas disso é a pornografia, que deve ser proibida.

A PORNOGRAFIA DEVERIA SER CENSURADA?

MacKinnon acredita que a pornografia interfere no modo como a sociedade, e, sobretudo, os homens enxergam e consideram as mulheres. Ela perpetua, espalha e ensina a supremacia deles em relação a elas. Para MacKinnon, a pornografia tem consequências reais para a sociedade como um todo, mas especialmente para a situação das mulheres, que, por meio dela, têm a sua dignidade minada a partir de um processo contínuo de objetificação:

> A pornografia funciona tornando o sexismo sexy. Como uma experiência primordial da hierarquia de gênero, a pornografia é uma maneira primordial em que o sexismo é apreciado e praticado, bem como apren-

---

5 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 321.

6 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 320.

7 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 320.

8 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição Americana. *Op. cit.*, p. 320.

> dido. É uma maneira de a supremacia masculina se espalhar e tornar socialmente real[9] (tradução nossa).

Ou seja, do ponto de vista de MacKinnon, a pornografia é um dos meios pelos quais a situação de vulnerabilidade das mulheres na sociedade se consolida e intensifica. Nesse sentido, a condição da mulher se assemelha, em relação à sistemática negação da cidadania, com a de grupos raciais, étnicos e religiosos também vulneráveis. Como observa Waldron, assim como o discurso de ódio, também a pornografia não deve ser compreendida como um discurso neutro e inócuo em relação às perspectivas reais das pessoas que vivem em determinada sociedade[10]. Assim como a pornografia e toda a violência simbólica que lhe é inerente determinam fortemente a conjuntura de vida de mulheres reais, tornando a sua existência mais dificultosa, o discurso de ódio também cria um ambiente não propício ao gozo da cidadania plena por parte de seu alvo e dificulta a possibilidade de as mulheres serem ouvidas e respeitadas.

Entretanto, não existe contradição alguma em defender que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, inclusive aquela ideia passível de ser mal compreendida ou que possa vir a dificultar, ou mesmo silenciar, outras ideias. Algumas ideias dificultam que algumas pessoas ou grupos sejam vistos como eles gostariam de ser. Porém, a partir de uma referência à distinção de Isaiah Berlin[11] entre a liberdade positiva e a liberdade negativa, Dworkin considera que o traço distintivo da liberdade negativa é a liberdade de ofender, o que se aplica tanto para expressões heroicas como para as de mau gosto[12].

Isso significa que o fato de a pornografia ser afrontosa para alguém ou para todos não é um motivo suficiente para a sua proibição, já que as ideias ruins são tão dignas de proteção quanto as outras. Um outro argumento levantado por alguns grupos feministas para a proibição da pornografia é que ela promoveria uma subordinação generalizada das mulheres em relação aos homens, contribuindo para a desigualdade. No entanto, mesmo que se provasse empiricamente que isso de fato acontece e que os homens são receptivos a ideias veiculadas por esse tipo de discurso, tal qual o de que a mulher não merece re-

---

9 MACKINNON, Catharine A. *Pornography as Defamation and Discrimination*. Boston University Law Review, 1991. p. 802. Original: "Pornography works by making sexism sexy. As a primal experience of gender hierarchy, pornography is a major way in which sexism is enjoyed and practiced, as well as learned. It is one way that male supremacy is spread and made socially real".

10 WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 74.

11 Ver: BERLIN, Isaiah. Two Concepts of LLiberty. *In:* BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. London: Oxford University Press, 1969.

12 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit*., p. 351.

ceber o mesmo salário que os homens para um mesmo trabalho, não justificaria a censura da pornografia. Como explica Dworkin:

> Sem dúvida alguma, seria inconstitucional a proibição de formas de expressão que *defendessem* explicitamente a ideia de que as mulheres devem desempenhar papéis inferiores ou mesmo papel nenhum no comércio e nas profissões liberais, ainda que essas formas de expressão se dirigissem a homens receptivos e atingissem seus objetivos. Por isso, não se pode alegar, como razão para proibir a pornografia, o fato de ela supostamente contribuir para uma estrutura econômica ou social desigual, mesmo que pensemos que isso é verdade[13].

O fundamento instrumental para a liberdade de expressão recai sobre esse tipo de paradoxo. Do ponto de vista consequencialista, parece acertado proibir até mesmo a pornografia para garantir um resultado benéfico socialmente; no entanto, uma censura desse tipo parece terrivelmente arbitrária. Nesse sentido, é preciso abandonar a tentação de justificar a liberdade de expressão em uma perspectiva instrumental para justificá-la em uma base mais sólida. Como queria Mill, a liberdade de expressão pode auxiliar na busca pela verdade e, como queria Madison, pode dificultar a corrupção do governo e ajudar a promover um debate público mais vigoroso. No entanto, como liberdade negativa fundamental, "é o próprio âmago da escolha feita pelas democracias modernas", a que devemos respeitar "enquanto buscamos outros meios para combater a vergonhosa desigualdade que ainda aflige as mulheres" [14].

Isso não significa que a liberdade de expressão não tenha também um papel igualitário, mas que o seu papel igualitário vai além dessas funções. Isso significa que a igualdade inerente à liberdade de expressão não está no ponto de chegada, mas no ponto de partida. É a exigência moral fundante das sociedades plurais contemporâneas de que todos possam participar e influenciar a política e também uns aos outros, independentemente da garantia de que os seus pontos de vista virão a triunfar. Daí que liberdade não é um valor contraposto à igualdade, mas o seu outro lado. Diante disso, parece evidente que a acusação de MacKinnon e de outros de que a defesa da liberdade de expressão significa um descompromisso com a igualdade é falsa. É nesse sentido que, refletindo sobre a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, Dworkin afirma que "a liberdade garantida pela Primeira Emenda não é inimiga da igualdade; é o outro lado da moeda da igualdade"[15]. Isso porque:

---

13 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 353.

14 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 355.

15 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 382.

> A política não se resume às eleições. Entre os pleitos, os cidadãos continuam desempenhando o seu papel político, pois os debates e discussões públicas informais influenciam os atos dos políticos responsáveis – e também daqueles que anseiam pela reeleição. Por isso, **a Primeira Emenda dá uma grande contribuição à igualdade política: assim como ninguém pode ser proibido de votar porque suas opiniões são desprezíveis, também não se pode negar a ninguém o direito de falar, escrever ou manifestar-se pelo rádio ou pela televisão pelo simples fato de as opiniões dessa pessoa serem insultuosas demais para ser levadas em consideração**[16] (grifo nosso).

A mesma ideia pode ser aplicada a casos mais sensíveis, tal como o da negação do holocausto. Sem dúvidas, a negação do holocausto é uma ofensa visceral a todos os que foram brutalmente assassinados nos campos de concentração na primeira metade do século XX. É também uma ofensa indigna à memória sofrida do povo judeu. Mais do que isso: seria uma tragédia para toda a humanidade se as falácias de alguns grupos racistas sobre Auschwitz viessem um dia a ganhar credibilidade. Porém, não é possível que o cinismo desses grupos venha a vencer e nos fazer assumir o princípio de que uma opinião pode ser proibida quando aqueles que estão no poder têm certeza de que ela é falsa e de que algum grupo sofrerá caso essa opinião seja divulgada[17].

O problema do fundamento para o cerceamento da liberdade com base na convicção da absoluta falsidade de uma opinião, e também na proteção a determinados valores fundamentais, é, ironicamente, que ele já foi bem-sucedido por diversas vezes na história:

> Os criacionistas que proibiram o ensino da hipótese darwinista nas escolas públicas do Tennessee na década de 1920 tinham tanta convicção da história dos seres vivos quanto nós temos da história da Alemanha, e também eles agiram para proteger pessoas que se sentiam humilhadas no âmago do seu ser pela nova e vergonhosa doutrina. Os fundamentalistas muçulmanos que decretaram a pena de morte de Salman Rushdie também estavam convictos de que esse escritor estava errado e também agiram para proteger pessoas que haviam sofrido profundamente com palavras que lhes pareciam escandalosamente mentirosas. **Toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. Tome cui-**

---

16 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 380-381.

17 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 361.

> **dado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você**[18] (grifo nosso).

Ou seja, a convicção absoluta da falsidade de uma opinião não é boa razão para cerceá-la. Não é fácil conviver com tantas opiniões desarrazoadas e temerárias. Por vezes, sentimos que esse sacrifício é duro demais e pensamos em tomar atalhos para nos livrar dele. Fazendo referência ao caso da Alemanha, entretanto, Dworkin nos lembra de que esse é o preço a se pagar pela liberdade:

> Sei que, atualmente, parecem existir excelentes motivos para a aplicação da censura na Alemanha; sei que as pessoas decentes se impacientam quando bandos de arruaceiros, portando o emblema da suástica, afirmam que o maior genocídio de todos os tempos, cometido a sangue frio, na realidade foi inventado por suas vítimas. **Os arruaceiros nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes insuportável. Mas a liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso**. As pessoas que a amam não devem dar trégua aos seus inimigos, como Deckert e seus odiosos colegas, mesmo em face das provocações violentas que eles fazem para nos tentar[19] (grifo nosso).

A defesa da liberdade é também, em alguma medida, o único caminho razoável a ser seguido. De outra forma, entregaríamos ao Estado o poder de proibir qualquer tipo de opinião que possa vir a ofender algum grupo desprivilegiado. Colocando em suspenso a nossa responsabilidade moral de cidadãos, deixaríamos que o governo e os tribunais julgassem cada filme, peça ou livro e todas as expressões culturais ou políticas como dignas ou não de valor.

A possibilidade de conferir ao governo e aos tribunais o direito de fazer julgamentos de valor desse tipo em nome dos cidadãos é evidentemente assustadora. Ela demonstra o perigo de substituirmos a compreensão tradicional de igualdade por uma nova, que se baseia apenas nas, sempre apenas prováveis, consequências de determinada ação ou política pública. Essa concepção de igualdade ignora que as maiorias, como advertiu Mill no século XIX, podem ser tirânicas[20].

Dworkin fornece um argumento importante em defesa da liberdade de expressão ao chamar a atenção para a insuficiência e para o perigo das justifica-

---

18 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 361.

19 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 362.

20 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 383.

tivas instrumentais para as liberdades. Nessa perspectiva, é possível dizer que, em grande medida, o argumento de Dworkin se baseia em um profundo resgate da tradição liberal. É possível, entretanto, defender as liberdades a partir de outra tradição: a republicana. Apesar de não se debruçarem analiticamente sobre a questão do discurso de ódio, autores como Mortimer Sellers e Michael Sandel providenciam uma robusta defesa do debate a partir de uma reflexão a respeito dos limites do liberalismo político.

UMA DEFESA REPUBLICANA DA LIBERDADE

Para Sandel, quando as pessoas percebem que suas crenças não são bem-vindas no debate público, elas deixam de ver a política como uma atividade inerente a sua condição humana. Elas começam a ver a política com desconfiança e com algum ressentimento. Se isso não é um lugar para mim, é, talvez, um lugar para aqueles que estão contra mim, aqueles que apenas querem enganar-me. Dessa forma, nas últimas décadas, a política tornou-se um espaço vazio em todo o mundo. Os cidadãos estão frustrados com a incapacidade do sistema político de agir para o bem público, ou discutir as questões mais importantes[21]. Neste cenário, o raciocínio mercadológico tornou-se o único tipo de argumento que é bem-vindo no debate público, colaborando para que os argumentos morais fiquem fora dessa esfera[22]. A política tem sido confundida com negócios, em que tudo está disponível para venda, mesmo aquelas virtudes e práticas que realmente importam, e isso vem acontecendo sem um debate público sobre o assunto[23].

Suponha que você tem uma religião e que você acredite em seus dogmas há vários anos. Agora, suponha que você esteja em posição para discutir o bem comum da sociedade em um debate público. É razoável esperar que você, a fim

---

[21] SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy*: The Moral Limits of Markets. New York: Farrar Straus and Giroux, 2012. p. 13 (Kindle edition).

[22] Como Sandel argumenta: "O vácuo moral da política contemporânea tem várias fontes. Uma delas é a tentativa de banir as concepções de vida boa do discurso público. Com a esperança de evitar conflitos sectários, muitas vezes insistimos que os cidadãos deixem as suas convicções morais e espirituais quando entram no espaço público. Mas, apesar de sua boa intenção, a relutância em admitir argumentos sobre a vida boa na política preparou o caminho para o triunfalismo do mercado e para a continuação do raciocínio de mercado" (tradução nossa). Ver: SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy*: The Moral Limits of Markets, *Op. cit.*, p. 13. Original: "The moral vacancy of contemporary politics has a number of sources. One is the attempt to banish notions of the good life from public discourse. In hopes of avoiding sectarian strife, we often insist that citizens leave their moral and spiritual convictions behind when they enter the public square. But despite its good intention, the reluctance to admit arguments about the good life into politics prepared the way for market triumphalism and for the continuing hold of market reasoning".

[23] Esse é um argumento de Sandel em: SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy*: The Moral Limits of Markets, 2012, *op. cit.*, p. 14.

de garantir a "neutralidade" da discussão, esqueça completamente sua crença religiosa? Vários críticos do liberalismo têm respondido "não" a essa pergunta. De acordo com esses críticos, o liberalismo não faz uma boa descrição da natureza humana. Desconsiderando o processo de construção de identidade, o liberalismo apenas vê as pessoas como seres racionais, capazes de discutir e fazer acordos com outros seres iguais. Como mostramos a seguir, essa é uma descrição, na melhor das hipóteses, parcial da natureza humana. Na visão liberal do "eu", as pessoas podem sempre repensar suas práticas sociais; elas estão *free to go* ou "livres para ir" se mudarem de ideia sobre uma prática social existente.

Essa crença liberal na liberdade da pessoa em escolher pode ser descrita com um exemplo da teoria de Rawls. Antes de ser profundamente revista no Liberalismo Político, um dos pilares da teoria da justiça de Rawls era a "posição original", em que o indivíduo poderia escolher os princípios de justiça "sem os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em desacordo, tentados a explorar circunstâncias sociais e naturais para a sua própria vantagem" (tradução nossa)[24]. A fim de tornar isso possível, Rawls pressupõe que as partes na posição original estão situadas por trás de um *véu de ignorância*[25]. Embora a posição original seja um experimento mental ou uma situação hipotética, ela revela a crença liberal na livre escolha. Pode-se dizer que esse experimento mental é completamente diferente da vida real. Entretanto, como quer Rawls, "uma ou mais pessoas podem a qualquer momento entrar nesta posição ou, talvez melhor, simular as deliberações desta situação hipotética simplesmente pelo raciocínio

---

[24] RAWLS, John. *Political Liberalism* (Expanded Edition). New York: Columbia University Press, 2005. Original: "The effects of specific contingencies which put men at odds and tempt them to exploit social and natural circumstances to their own advantage".

[25] Nas palavras de Rawls: "Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou *status* social; nem conhece sua fortuna na distribuição de ativos e habilidades naturais, sua inteligência e força, e coisas do gênero. Nem, mais uma vez, alguém conhece sua concepção do bem, os detalhes de seu plano de vida racional, ou mesmo as características especiais de sua psicologia, como sua aversão ao risco ou a responsabilidade pelo otimismo ou pelo pessimismo. Mais do que isso, eu suponho que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, eles não conhecem a situação econômica ou política, nem o nível de civilização e cultura que conseguiu alcançar (tradução nossa)". Ver: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Rev. ed. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999. p. 118. Original: "it is assumed, then, that the parties do not know certain kinds of particular facts. First of all, no one knows his place in society, his class position or social status; nor does he know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence and strength, and the like. Nor, again, does anyone know his conception of the good, the particulars of his rational plan of life, or even the special features of his psychology such as his aversion to risk or liability to optimism or pessimism. More than this, I assume that the parties do not know the particular circumstances of their own society. That is, they do not know its economic or political situation, or the level of civilization and culture it has been able to achieve".

de acordo com as restrições apropriadas (tradução nossa)"[26]. Isso significa que as pessoas podem ignorar a qualquer momento a sua posição social, religião, sexo e todas as outras idiossincrasias que fundam sua concepção particular do bem.

O objetivo do liberalismo contemporâneo é encontrar, como diz Rawls, uma concepção política da justiça que possa ser aplicada à estrutura básica da sociedade, mas sem escolher uma compreensão particular de doutrina religiosa, filosófica ou moral[27]. Isso representa o que Rawls chamou de *prioridade da justiça sobre o bem*, que apoia a ideia de *neutralidade do Estado*[28]. De acordo com Rawls, uma concepção política que busca resultados de justiça precisa necessariamente de uma limitação de que tipo de ideias ou argumentos pode ser discutido no debate público. Como diz Rawls: "a restrição principal parece ser esta: as ideias de bem devem ser ideias políticas (tradução nossa)"[29]. Isso significa que os "argumentos devem pertencer a uma concepção política razoável de justiça (tradução nossa)"[30]. Assim, as ideias a serem levadas para o debate público devem respeitar dois requisitos para que sejam aceitas em uma sociedade liberal no sentido do liberalismo político de Rawls: "a. que são, ou podem ser, partilhados por cidadãos considerados como livres e iguais; e b. que não pressupõem totalmente (ou parcialmente) nenhuma doutrina abrangente particular (tradução

---

[26] RAWLS, John. *A Theory of Justice*, 1999, *op. cit.,* p. 119. Original: "One or more persons can at any time enter this position, or perhaps better, simulate the deliberations of this hypothetical situation, simply by reasoning in accordance with the appropriate restrictions".

[27] Como Rawls explica, há três características de uma concepção política de justiça: "Eu disse que as características de uma concepção política de justiça são, em primeiro lugar, que ela é uma concepção moral elaborada para um assunto específico, a saber, a estrutura básica de um regime democrático constitucional; em segundo lugar, aceitar que a concepção política não pressupõe aceitar qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral específica; em vez disso, a concepção política se apresenta como uma concepção razoável apenas para a estrutura básica; e terceiro, que ela não é formulada em termos de doutrina abrangente, mas em termos de certas ideias fundamentais vistas como latentes na cultura política pública de uma sociedade democrática (tradução nossa)". Ver: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, 1999, *op. cit.,* p. 174-175. Original: "I said there that the features of a political conception of justice are, first, that it is a moral conception worked out for a specific subject, namely, the basic structure of a constitutional democratic regime; second, that accepting the political conception does not presuppose accepting any particular comprehensive religious, philosophical, or moral doctrine; rather, the political conception presents itself as reasonable conception for the basic structure alone; and third, that it is not formulated in terms of any comprehensive doctrine but in terms of certain fundamental ideas viewed as latent in the public political culture of a democratic society".

[28] Como Will Kymlicka explica, Rawls prefere usar o termo "prioridade do direito sobre o bem", em vez de usar o termo "neutralidade". Ver: KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy*: An Introduction. Oxford [England]: New York: Clarendon Press, 1990. p. 233.

[29] RAWLS, John. *Political Liberalism* (Expanded Edition), 2005, p. 176. Original: The main restriction would seen to be this: the ideas of good included must be political.

[30] RAWLS, John. *Political Liberalism* (Expanded Edition), 2005, p. 176. Original: They must belong to a reasonable political conception of justice.

nossa)"[31]. Em outras palavras, isso significa que o Estado deve ser neutro sobre a pluralidade de concepções de bem que pode ser encontrada na sociedade. Como diz Sandel, estamos vivendo em uma determinada versão da teoria política liberal cuja ideia central é a de que

> O governo deve ser neutro para com os pontos de vista morais e religiosos que os seus cidadãos seguem. Em vez disso, ele deveria fornecer um quadro de direitos que respeite as pessoas como seres livres e independentes, capazes de escolher os seus próprios valores e fins (tradução nossa) [32].

Ou seja, a fim de manter uma esfera pública livre e igualitária, é necessário *sacrificar* algumas doutrinas abrangentes. A ideia é de que, com o fito de resguardar o igual direito de todos, é necessário restringir as doutrinas baseadas em certas práticas que possam resultar em desrespeito aos direitos dos demais. Para o liberalismo, parte dessas doutrinas não deve ter espaço na esfera pública, uma vez que sua participação pode colocar em risco os iguais direitos dos outros e o sistema como um todo. Como os valores são múltiplos (e controversos), sendo essa a marca das sociedades plurais contemporâneas, algumas crenças se mostram mais fundamentadas do que outras. Na verdade, algumas delas são tão pouco razoáveis que, se permitidas, elas podem colocar em risco os direitos das outras pessoas. Dessa forma, a solução de Rawls é proibir as concepções de bem que não podem coexistir com outras convicções em uma sociedade plural complexa. É por isso que Rawls também disse:

> Suponha que uma religião em particular, e a concepção do bem que lhe pertence, só pode sobreviver se ela controla a máquina do Estado e é capaz de praticar de forma eficaz a intolerância. Essa religião deixará de existir na sociedade bem-ordenada do liberalismo político (tradução nossa)[33].

Em outras palavras, a fim de garantir os direitos de todos os cidadãos, o liberalismo político assume que não há lugar para a fé irracional nas sociedades

---

31 RAWLS, John. *Political Liberalism* (Expanded Edition), 2005, p. 176. Original: That they are, or can be, shared by citizens regarded as free and equal; and b. that they do not presuppose any particular fully (or partially) comprehensive doctrine.

32 SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*: America in Search of a Public Philosophy. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1996. p. 4. Original: "Its central idea is that government should be neutral toward the moral and religious views its citizens espouse. Instead, it should provide a framework of rights that respects persons as free and independent selves, capable of choosing their own values and end".

33 RAWLS, John. *Political Liberalism* (Expanded Edition), 2005, p. 176-177. Original: "Suppose that a particular religion, and the conception of the good belonging to it, can survive only if it controls the machinery of state and is able to practice effective intolerance. This religion will cease to exist in the well-ordered society of political liberalism".

bem-ordenadas. Entretanto, como argumenta Sandel, esquecer-se de nossas lealdades pessoais e convicções tem um grande custo. Isso porque deixamos de saber o que somos como uma pessoa em particular, membros de uma família, de uma comunidade ou nação[34]. O preço de ser "livre para ir" a qualquer momento é esquecer-se de suas crenças, suas raízes, deveres e identidade. Essa parece ter sido a ideia por trás da famosa tese de Aristóteles: "O homem é por natureza um animal da cidade", e também o significado da passagem de John Donne: "Nenhum homem é uma ilha".

Não existe homem sem ligações. Porém, o liberalismo não nega que os homens têm ligações. O problema se mostra quando, a fim de encontrar um agente idealmente livre e racional, capaz de abstrair-se da sua identidade pessoal para agir com neutralidade na esfera pública, o liberalismo pretende eliminar as nossas afeições, conexões, enfim, as nossas ligações necessárias uns com os outros[35]. Para citar Sandel: "imaginar uma pessoa incapaz de constituir laços não é conceber um agente idealmente livre e racional, mas imaginar uma pessoa totalmente sem caráter, sem profundidade moral (tradução nossa)"[36]. É necessário perguntar aos liberais se é realmente razoável tomar das pessoas as suas paixões e conceber um ser humano sem emoções[37] ou sem caráter[38].

---

34 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998. p. 179.

35 Uma questão interessante que poderia ser levantada neste ponto, mas que foge aos objetivos da presente pesquisa, é se essa crítica ao liberalismo político pode ser aplicada ao libertarianismo, por exemplo, de Robert Nozick. Em seu *Anarquia, estado e utopia*, Nozick sai em defesa da experimentação profunda do mundo pelo indivíduo, o que, segundo ele, não poderia ser simplesmente substituído por uma máquina de experiências que simulasse as nossas vivências. Bem entendido, Nozick se vale do argumento da máquina de experiências para afastar a tese utilitarista de que o simples prazer (e a dor) é a razão do agir humano. Ver: NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Blackwell: Oxford, 1974. p. 42 ss.

36 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*, 1998, p. 179. Original: "To imagine a person incapable of constitutive attachments is not to conceive and ideally free and rational agent, but to imagine a person wholly without character, without moral depth".

37 Essa é uma das conclusões por trás do recente estudo intitulado *Law, Reason, and Emotion*, de Sellers. Como entende o autor: "A melhor legislação e a mais interessante e persuasiva filosofia e interpretação do direito irá levar em conta as nossas emoções humanas naturais, tal como elas se relacionam com a possibilidade de uma vida boa e com as regras de uma sociedade justa (tradução nossa)". Ver: SELLERS, Mortimer N. S. Law, Reason and Emotion. *In:* GALUPPO, Marcelo Campos (ed.) *et al*l. *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie – Beihefte 146, p. 74. Original: "The best legislation and the most interesting and persuasive philosophy and interpretation of law will take our natural human emotions into account, as they relate to the possibility of a good life and the rules of a just society".

38 Como Sandel argumenta: "Já que ter caráter é saber que eu me movo em uma história que eu nem convoco, nem comando, o que, entretanto, traz consequências para minhas escolhas e conduta. Isso me aproxima de alguns e me distancia de outros; isso torna alguns objetivos mais apropriados, outros menos. Como um ser autointerpretante, sou capaz de refletir sobre

O problema em descrever a natureza humana de forma incorreta e em aplicar essa ideia à política é correr o risco de negligenciar um dos *pathos* da política[39]: o agir humano como o seu elemento mais fundamental e controverso. Mesmo Kant – um dos fundadores da moderna forma de pensar o livre-arbítrio e inspirador da maioria dos liberais – tinha suas dúvidas sobre se alguma vez houve qualquer agir humano realmente livre na história. Portanto, se ser um homem livre significa agir como um não homem, é preciso dizer que isso não é possível, pois as paixões são inerentes à condição humana. Em outras palavras, é necessário reafirmar a fé na capacidade do homem em encontrar o bem comum na sociedade, mesmo que isso signifique ter que lidar com diferentes concepções do bem. Isso sem fingir ser outra coisa, mas um homem. Um homem singular, uma criatura política cuja identidade vai além de sua natureza racional. Não há outra maneira de libertar as pessoas se não por meio da política. A política é um espaço privilegiado para encontrar, conhecer, entender e aprender a respeitar o outro.

Ser um animal político significa ficar junto e entrar em profundas discussões sobre a maioria das coisas de valor, como questões sobre moral, religião e filosofia. Nesse sentido, até mesmo Rawls disse certa vez que "aplicar os princípios da tolerância à própria filosofia é deixar para os próprios cidadãos resolverem as questões de religião, filosofia e moral em conformidade com visões que possuem livremente (tradução nossa)"[40]. Todavia, a forma como o liberalismo concebe a tolerância é desautorizando as discussões profundas sobre valores na esfera pública.

Na história, o liberalismo político forneceu a resposta mais popular para essas questões, insistindo que a esfera pública deve ser o espaço da neutralidade, impermeável a particularidades. Como Berger explica, entretanto, "a neutralidade é uma bandeira mais confortável, menos politizada, sob a qual marchar em

---

a minha história e, neste sentido, distanciar-me disso, mas a distância é sempre precária e provisória, o ponto de reflexão nunca se coloca fora da própria história. Uma pessoa com caráter, assim, sabe que ela está implicada de várias maneiras mesmo que ela reflita e sinta o peso moral do que ela conhece (tradução nossa)". Ver: SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998. p. 179. Original: "For to have character is to know that I move in a history I neither summon nor command, which carries consequences none the less for my choices and conduct. It draws me closer to some and more distant from others; it makes some aims more appropriate, other less so. As a self-interpreting being, I am able to reflect on my history and in this sense to distance myself from it, but the distance is always precarious and provisional, the point of reflection never finally secured outside the history itself. A person with character thus knows that he is implicated in various ways even as he reflects, and feels the moral weight of what he knows".

39 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*, *op. cit.*, p. 183.

40 RAWLS, John. *A Theory of Justice*, 1999, *op. cit.*, p. 154. Original: "To apply the principles of toleration to philosophy itself is to leave to citizens themselves to settle the questions of religion, philosophy, and morals in accordance with views they freely affirm".

um terreno de consideráveis diferenças normativas (tradução nossa)"[41]. Contudo, cabe perguntar se, para além de mais confortável, é também democraticamente mais desejável evitar divergências substanciais sobre concepções de vida boa com o intuito de promover a tolerância. De acordo com Sellers, há pelo menos uma corrente filosófica que, embora se assemelhe com o liberalismo, pretende ser mais resoluta para lidar com diferenças normativas:

> A busca liberal pelo consenso político depende de se evitar controvérsias, enquanto que, para os republicanos, significa abraçá-las. Um liberal "razoável" respeita os pontos de vista errados. Um republicano razoável é aberto à persuasão já que os pontos de vista dele ou dela podem estar errados (tradução nossa)[42].

Ao contrário dos liberais, os republicanos "incentivam a busca da verdade quando a verdade afeta o bem-estar comum da sociedade (tradução nossa)"[43]. O liberalismo não acredita na capacidade de as pessoas concordarem umas com as outras no debate público. É tão sensível com as diferenças entre as pessoas que perde a sua fé na política, especialmente na capacidade das pessoas em concordarem umas com as outras. Contra isso, como expõe Sellers, os neorrepublicanos afirmam que "as pessoas podem concordar sobre a lei e a justiça se elas se propuserem a deliberar segundo um espírito de humildade e compromisso partilhado em relação ao bem comum (tradução nossa)"[44].

Nesse sentido, a teoria neorrepublicana pode ser compreendida como um complemento ao constitucionalismo liberal moderno. Como Sellers afirma, os republicanos argumentam contra "a tendência 'pluralista' de alguns liberais de negarem a possibilidade de persuasão moral (tradução nossa)"[45]. Assim, em oposição ao liberalismo político, os *liberais republicanos*[46] confiam na capacidade dos cidadãos em construir um consenso social; é por isso que

---

41 BERGER, 2014, p. 120. Original: "Neutrality is a more comforting, less politicized banner under which to march in a landscape of considerable normative difference".

42 SELLERS, 1998, p. 113. Original: "The liberal search for political consensus depends on avoiding controversy, while republicans embrace it. A 'reasonable' liberal respects wrong views. A reasonable republican is open to persuasion that his or her own views themselves may be wrong".

43 SELLERS, M. N. S. *The Sacred Fire of Liberty*: Republicanism, Liberalism, and the Law. New York: New York University Press, 1998. p. 113. Original: "Encourage the search for truth when truth affects the common welfare of society".

44 SELLERS, M. N. S. *The Sacred Fire of Liberty*: Republicanism, Liberalism, and the Law, 1998, p. 114, tradução nossa. Original: "People can agree about law and justice if they set out to deliberate in a spirit of humility and shared commitment to the common good".

45 SELLERS, M. N. S. *The Sacred Fire of Liberty*: Republicanism, Liberalism, and the Law, 1998, p. 119. Original: The pluralist tendency of some liberals to deny the possibility of moral persuasion.

46 SELLERS, M. N. S. *The Sacred Fire of Liberty*: Republicanism, Liberalism, and the Law, 1998 p. 119.

os republicanos querem levar todas as perspectivas em conta[47]. Mas o liberalismo político insiste em evitar questões morais graves[48], por superestimar o perigo de desacordo. Para ficar em um exemplo[49], o liberalismo político tende a colocar entre parênteses questões morais e religiosas no debate contemporâneo sobre o aborto[50]. Isso porque o governo não deve tomar lado moral sobre o problema, mas deve ficar neutro, evitando falar sobre, por exemplo, o estatuto moral do embrião humano. No entanto, os cristãos têm um ponto aqui. Eles trazem uma discussão sobre quando começa a vida humana, ou pelo menos quando a vida humana começa a ter grande valor. Mesmo que essas questões morais sejam muito difíceis, é realmente razoável evitá-las? Parece que a melhor resposta é "não". Especialmente porque ouvir argumentos morais não significa dizer que eles são a verdade. Como Sandel explica, "é simplesmente para mostrar que o caso do direito ao aborto não pode ser neutro em relação a essa controvérsia moral e religiosa (tradução nossa)"[51].

Ou seja, assim como a concepção liberal de Dworkin, os argumentos republicanos de Sellers e Sandel ajudam a fundar a defesa das liberdades e a tolerância em relação a todos os pontos de vista. Resta saber como essa discussão arraigada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e na academia americana pode nos auxiliar a compreender os fundamentos da liberdade de expressão.

---

47 SELLERS, M. N. S. *The Sacred Fire of Liberty*: Republicanism, Liberalism, and the Law, 1998 p. 119.

48 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998 p. 196.

49 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*, *op. cit.*, p. 197 ss.

50 No caso brasileiro, é comum que os argumentos morais ou religiosos sejam de pronto desclassificados em questões como a do aborto. Na justificativa do recente projeto de lei que visa descriminalizar e regulamentar a prática do aborto no Brasil, o Deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ) argumenta que o único motivo para isso [a proibição do aborto] é a vontade de uma parcela do sistema político e das instituições religiosas de impor pela força suas crenças e preceitos morais ao conjunto da população, ferindo a laicidade do Estado. Parece claro que o Deputado Jean Wyllys segue aqui a tendência liberal de tomar o discurso moral ou religioso como uma afronta à neutralidade do Estado. Mais à frente, ele também afirma que os processos eleitorais têm sido momentos em que esses grupos conservadores, em nome da falsa defesa da vida, chantageiam candidatas(os) e eleitorado para fazer prevalecer sua visão ideológica e ampliar as bases conservadoras no poder. O deputado, assim como os liberais, parece supor a que concepção religiosa sobre o aborto ou a sua "visão ideológica" conservadora é irracional e, por isso, estranha à razoabilidade esperada como um *a priori* do debate público. Ver: WYLLYS, Jean. *Projeto de Lei nº [Sem número], de 2015.* Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências.

51 SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*: America in Search of a Public Philosophy, 1996, p. 198. Original: "It is simply to show that the case for abortion rights cannot be neutral with respect to that moral and religious controversy".

CONCLUSÃO

Procuramos mostrar que os fundamentos para a liberdade de expressão podem ser encontrados em duas tradições da teoria da justiça que são pensadas tradicionalmente de maneira antagônica. Entretanto, como demonstramos, tanto a tradição liberal como a tradição republicana fornecem argumentos que podem ser usados para a fundamentação do *free speech*.

Nesse sentido, na perspectiva liberal, como mostramos, o fundamento para a liberdade de expressão reside na ideia de uma cooriginalidade entre a liberdade e a igualdade. Como mostra Dworkin, essa cooriginalidade evidencia-se na discussão sobre a possibilidade/necessidade da proibição de certas formas de pornografia. Ao defender a igualdade entre homens e mulheres a partir da proibição da veiculação de materiais pornográficos, as feministas norte-americanas partem do pressuposto de que há uma vinculação necessária entre a veiculação de determinado tipo de pornografia e a violência contra as mulheres. Entretanto, ao contextualizar a certeza dessa vinculação, Dworkin afirma que a única maneira pela qual podemos efetivar a igualdade entre os sexos é considerá-los, *a priori*, igualmente livres para veicular as suas opiniões. Essa discussão viabilizou que Dworkin refutasse os argumentos de Waldron a favor da legislação contra o discurso de ódio. Isso significa que, a partir da tradição liberal, Dworkin fornece um fundamento contundente para a liberdade de expressão, argumentando pela cooriginalidade entre a liberdade e a igualdade.

Para Dworkin, a liberdade de expressão não se baseia apenas nas consequências da garantia da liberdade, mas leva em conta a necessidade de tomar os cidadãos adultos como "agentes morais responsáveis". Essa é uma exigência essencial e constitutiva de uma sociedade política justa, pois é preciso conceber as pessoas como moralmente responsáveis em tomar suas próprias decisões e também em julgar sobre o que é bom ou mau na vida e na política, e assim também em relação à justiça ou à fé.

Existe, entretanto, pelo menos mais uma tradição das teorias da justiça que fornece um fundamento importante para a liberdade de expressão: a tradição republicana. Como mostramos, para republicanos como Sellers e Sandel, mesmo que as questões morais sejam muito difíceis, não é razoável evitá-las. Isso especialmente porque ouvir argumentos morais não significa dizer que eles são a verdade.

A perspectiva republicana é menos sensível às divergências morais. Ao contrário dos liberais, os republicanos se fiam na possibilidade de que o debate público livre e irrestrito, do qual podem participar até mesmo concepções religiosas fortes, é o caminho para a construção de um bem comum.

REFERÊNCIAS

BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 1989.

BERGER, Benjamin L. Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in the State Neutrality. *Canadian Journal of Law and Society,* v. 29, n. 1, 2014.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. *In:* BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty.* London: Oxford University Press, 1969.

BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, v. 47, n. I, p. 1-35, 1971.

BRANDEIS, Louis. *Nos autos do caso Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 1927.

BRUGGER, Winfried. Proteção ou proibição ao discurso de ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, v. 1, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

COHEN, Andrew Jason. What Toleration Is. *Ethics*. The University of Chicago Press, v. 115, n. 1, p. 68-95, 2004.

DE VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. London: Harvard University Press, 1996. Kindle edition.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE. *Amendments to the Constitution of the United States of America*, 1791. Disponível em: https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2018.

JEFFERSON, Thomas. United States Declaration of Independence. Filadélfia: 04 de julho de 1776. Disponível em: https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript. Acesso em 15 de setembro de 2018.

KANT, Imannuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy*: An Introduction. Oxford [England]: New York: Clarendon Press, 1990.

LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thoughts That We Hate*: A Biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da primeira emenda à Constituição americana. São Paulo: Aracati, 2011.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Tradução de Ari Ricardo Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2007.

MACKINNON, Catharine A. *Pornography as Defamation and Discrimination*. Boston University Law Review, 1991.

MACINTYRE, Alasdair C. *After Virtue*: A Study in Moral Theory. 2nd ed. Notre Dame Ind.: University of Notre Dame Press, 1984.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and Its Relation to Self-government*. New York: Harper Brothers Publishers, 1948.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom*: The Constitutional Powers of the People. New York: Oxford University Press, 1965.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Blackwell: Oxford, 1974.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Rev. ed. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *Political Liberalism* (Expanded Edition). New York: Columbia University Press, 2005.

ROSENFIELD, Michael. Hate Speech in Constitutional Law Jurisprudence: A Comparative Analysis. *Working Paper Series* 41/11, 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939. Acesso em: 24 mar. 2017.

ROSENFIELD, Michael. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. *Harvard Law Review*, 100/1457-1481, 1987.

SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*: America in Search of a Public Philosophy. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 1998.

SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy*: The Moral Limits of Markets. New York: Farrar; Straus and Giroux, 2012 (Kindle edition).

SELLERS, Mortimer N. S. Law, Reason, and Emotion. *In:* GALUPPO, Marcelo Campos (ed.) *et al. Human rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie – Beihefte 146.

SELLERS, M. N. S. *The Sacred Fire of Liberty*: Republicanism, Liberalism, and the Law. New York: New York University Press, 1998.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law School*, 110, 1996.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Escala, 2002.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WALZER, Michael. *On Toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.

WALZER, Michael. The Politics of Difference: Statehood and Toleration in Multicultural World. *Ratio Juris*, v. 10, n. 2, p. 165-176, 1997.

Data de recebimento: 16/10/2018

Data de aprovação: 04/11/2018

O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM DO DESENVOLVIMENTO EM AMARTYA SEN

THE HUMAN RIGHT TO EDUCATION: AN APPROACH TO DEVELOPMENT IN AMARTYA SEN

*Liana Zerbielli Trentin Mallmann**
*Neuro Zambam***

RESUMO

O artigo busca analisar a necessidade da educação para a promoção do desenvolvimento humano na abordagem do economista indiano Amartya Sen. Este estudo desenvolve-se a partir de uma pesquisa bibliográfica que conclui que a educação representa um importante mecanismo de promoção das liberdades e capacidades humanas, como também uma das principais fontes responsáveis pela remoção das privações das liberdades, haja vista que, para Sen, as liberdades desfrutadas pelos sujeitos possuem um papel central no desenvolvimento humano. Nesse sentido, a promoção do direito à educação impulsiona o exercício das liberdades e capacidades dos sujeitos e, consequentemente, o desenvolvimento humano.

Palavras-chaves: Direito à educação; Desenvolvimento humano; Liberdades; Amartya Sen.

ABSTRACT

The article seeks to analyze the need of education for the promotion of human development in the approach of the Indian economist Amartya

* Mestre em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre A Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Advogada. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1577754433806541 E-mail: lianazerbielli@hotmail.com.

* Pós-Doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional – IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade. Líder do Grupo de Estudo, Multiculturalismo e pluralismo jurídico. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6893744456793355 E-mail: neurojose@hotmail.com; nzambam@imed.edu.br.

Sen. This study is based on a bibliographical research that concludes that education represents an important mechanism to promote human freedoms and capacities, as well as one of the main sources responsible for removing deprivations of freedoms, since, for Sen, the freedoms enjoyed by the subjects play a central role in human development. In this sense, the promotion of the right to education boosts the exercise of the freedoms and capacities of the subjects and, consequently, human development.

Keywords: Right to education; Human development; Freedoms; Amartya Sen.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a importância da educação para a expansão das liberdades e capacidades humanas e para o processo de desenvolvimento, a partir da abordagem teórica de Amartya Sen.

O direito à educação encontra-se positivado nos textos legais de grande parte dos países. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 o traz tipificado no artigo 6º como o primeiro dos direitos sociais, prerrogativas de todos os cidadãos; igualmente, no artigo 205, o direito à educação é enunciado como um direito de todos, estando o Estado, a família e a sociedade incumbidos do dever de promover e incentivar o seu acesso.

Todo esse aparato constitucional direcionado à educação como um direito social de todos os cidadãos justifica-se pela compreensão de sua importância na vida dos sujeitos. A educação é um instrumento necessário para que estes tenham acesso ao conjunto de bens e serviços ofertados pela sociedade. Está relacionada, ainda, com a proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que possibilita aos indivíduos a superação das mazelas que privam o desenvolvimento das capacidades elementares para a vida dos sujeitos.

A educação é um mecanismo capaz de promover a expansão das liberdades e capacidades humanas, haja vista que fomenta as atividades do cotidiano, como participar ativamente das decisões da sociedade, possuir maiores expectativas na melhoria da qualidade de vida e contribuir para a promoção de melhores condições de emprego, por exemplo.

O desenvolvimento, para Amartya Sen, representa as liberdades que os membros de uma sociedade possuem. Nesse sentido, o crescimento econômico é um importante fator para obtenção e expansão das liberdades humanas; contudo, ele deve estar associado a outras disposições, como a possibilidade de acesso, pelos cidadãos, à educação, saúde, participação política na sociedade, entre outros. Assim, o desenvolvimento, segundo Sen, compreende a expansão das capacidades humanas, a realização pessoal dos sujeitos e a sua felicidade. Para tanto, a educação promove os instrumentos necessários para a expansão das liberdades e capacidades, contribuindo, assim, para o desenvolvimento humano.

Este artigo desenvolve-se por meio de pesquisa bibliográfica, possuindo uma abordagem qualitativa e estruturando-se da seguinte forma: primeiramente será analisado o desenvolvimento na visão de Amartya Sen; em seguida, será abordada a educação como um direito social; por fim, será explanado o papel da educação no processo do desenvolvimento humano.

DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA DE AMARTYA SEN

A desmonopolização do crescimento econômico como principal característica do desenvolvimento é uma das mais marcantes contribuições de Sen para a construção do conceito de desenvolvimento humano. Para este autor,[1] identificar o desenvolvimento como sinônimo de "crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social" eram visões restritas, pois o seu verdadeiro enfoque deveria estar atrelado às liberdades reais que os indivíduos desfrutam.

Sen não nega a importância do crescimento do PNB e das rendas individuais, pois elas representam um relevante meio para expandir as liberdades desfrutadas pelos indivíduos. Contudo, as liberdades dependem de outros fatores determinantes, como "as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas)".[2]

As liberdades humanas são os resultados obtidos por meio do desenvolvimento, ou seja, os fins promovidos pelo desenvolvimento. Nesse sentido, Sen enfatiza que:

> [...] a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo.[3]

O processo de desenvolvimento resulta na expansão das liberdades humanas. Nesse sentido, o desenvolvimento representa o aumento das capacidades que um

---

1 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

2 SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 16.

3 SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 16.

indivíduo possui de atingir os seus objetivos, ou seja, o desenvolvimento proporciona à pessoa humana a liberdade de expansão dos seus desejos e a concretização dos seus anseios.

De acordo com Pinheiro,[4] o fim último do desenvolvimento, o bem-estar das pessoas, está associado à liberdade, ou seja, é a capacidade pessoal de conseguir aquilo que se deseja racionalmente. Assim, a noção de liberdade está atrelada ao poder, autodeterminação e autonomia de um indivíduo.

As liberdades usufruídas pelos sujeitos são provenientes do desenvolvimento. Dessa forma, refletem as oportunidades e capacidades que os indivíduos possuem para realizar as suas próprias escolhas, que consideram fundamentais à sua sobrevivência. Nesse sentido, para o processo do desenvolvimento, deve-se realçar a necessidade da expansão das liberdades dos sujeitos, ou seja, o desenvolvimento está relacionado à melhora da qualidade de vida dos cidadãos e ampliação da capacidade de escolha.

Sen ressalta que, para o desenvolvimento, é necessário que se removam as principais formas de privação de liberdade, como a "pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos".[5] Além do mais, para Zambam,[6] a privação de liberdades "limita, impede ou distorce a atuação livre nos diferentes campos da existência, porque compromete o conceito de pessoa, enfraquece a qualidade das relações individuais, familiares e sociais (...)".

As liberdades usufruídas pelos indivíduos são responsáveis pelo processo de desenvolvimento. Sen aduz que a liberdade é central para o desenvolvimento por duas razões: a razão avaliatória e razão da eficácia. Sobre a primeira, a "avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas"; enquanto a avaliação da eficácia "depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas".[7]

Nesse sentido, a liberdade representa um fator central para o desenvolvimento, pois primeiramente é necessário que haja um aumento das liberdades desfrutadas pelos sujeitos como um condicionante para o processo do desenvol-

---

4 PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *Texto para discussão.* As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2012. p. 12. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1794.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

5 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

6 ZAMBAM, Neuro Jose. *Amartya Sen*: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012. p. 50.

7 SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 17.

vimento; em segundo lugar, requer que os indivíduos possuam condições necessárias de realizar suas próprias escolhas, aquelas que os interessa e que possuem razão para pleiteá-las, e também que possam participar ativamente da sociedade na qual estejam inseridos.

Tendo em vista que, para o processo do desenvolvimento, é primordial o alargamento das liberdades dos sujeitos, Sen aduz que a expansão dessas liberdades é considerada o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento. Para tanto, chama-os, respectivamente, de papel constitutivo e papel instrumental da liberdade no desenvolvimento.[8]

No tocante ao papel constitutivo da liberdade, este relaciona-se à importância das liberdades substantivas no desenvolvimento da vida dos indivíduos. De acordo com Sen, as liberdades substantivas representam as capacidades elementares de um indivíduo, por exemplo, ter condições de se alimentar adequadamente, estar livre de doenças evitáveis, ter acesso a uma educação de qualidade, participar da sociedade na qual está inserido, entre outras. Assim, "nessa perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão dessas e outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração".[9]

Já o papel instrumental da liberdade refere-se ao "modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitulamentos contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento".[10] Nesse sentido, a liberdade instrumental reside no fato de que diferentes tipos de liberdades relacionam-se entre si, de forma que um tipo de liberdade pode promover outras formas.

Com relação à distinção do papel constitutivo e instrumental das liberdades no processo de desenvolvimento, Pinheiro aduz que se encontra na diferença conceitual entre liberdades substantivas e liberdades instrumentais. As liberdades substantivas "são aquelas que enriquecem nossas vidas e a que queremos atingir como fins, ao passo que as instrumentais são os meios para atingir aqueles fins".[11] Assim, a título de exemplo, pode-se destacar que, para atingir a liberdade de possuir uma boa saúde, utiliza-se da liberdade instrumental de alimentar-se adequadamente, praticar atividades físicas, descansar, viver em um local livre de poluição, entre outros.

---

8 SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 55.

9 SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 55.

10 SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 57.

11 PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *Texto para discussão.* As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2012, p. 15. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1794.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

As liberdades substantivas, como definidas por Sen, seriam a capacidade de evitar a fome, a desnutrição, as doenças, morte prematura, entre outras; já para Pinheiro,[12] constituiriam a essência do desenvolvimento. "Neste sentido, diz-se que as liberdades substantivas desempenham um papel constitutivo no conceito de desenvolvimento e avaliativo do processo de desenvolvimento".[13]

As liberdades instrumentais são os tipos que servem como instrumentos para possibilitar que os sujeitos expandam suas liberdades substantivas. As liberdades instrumentais, para Sen, subdividem-se em cinco grandes grupos, sendo eles: as liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Assim, essas liberdades instrumentais possuem a capacidade de possibilitar que os indivíduos vivam de forma mais livre, como também possuem o efeito de se completar umas às outras.[14]

As liberdades políticas referem-se às escolhas pessoais na área política – como escolher quem vai governar e sob quais princípios – como também a liberdade de criticar os governantes, entre outros. As facilidades econômicas são as oportunidades que os sujeitos possuem para utilizar os recursos econômicos com os objetivos de consumo, produção ou troca. As oportunidades sociais são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas da saúde e educação, entre outras, que exercem influência para alargamento das liberdades substantivas que proporcionam uma melhor qualidade de vida aos cidadãos. As garantias de transparência referem-se "às necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar: a liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de dessegredo e clareza". E, por fim, a segurança protetora "é necessária para proporcionar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo à fome e morte".[15]

Assim, essas liberdades instrumentais contribuem não só para o alargamento das liberdades substantivas dos sujeitos, mas também para a melhora na qualidade de vida dos cidadãos, e, consequentemente, influenciam o processo de desenvolvimento humano.

EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL

O direito à educação é um direito social a favor do indivíduo. Encontra-se postulado na legislação vigente de praticamente todas as nações devido ao seu

---

12 PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *Op. cit.*, p. 16.

13 PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *Op. cit.*, p. 16.

14 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 58.

15 SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 58-60.

caráter fundamental e essencial para a vida dos cidadãos. Gadotti[16] aduz que negar o acesso ao direito à educação seria o mesmo que negar o acesso aos direitos humanos fundamentais, pois a educação representa um direito à cidadania e é proclamado como uma das prioridades das nações.

Para a promoção e execução do direito à educação, o Estado possui um papel essencial nesta atividade:

> [...] o papel do Estado é fundamental na garantia desse direito social para assegurar oportunidades iguais para todos em liberdade, segurança, equidade e dignidade. Isto requer, impreterivelmente, o investimento na educação, não sendo aceitável sua mercantilização, a transferência desse serviço ao mercado, dando acesso a ele apenas os que podem pagar. A educação é um direito de todos.[17]

O direito à educação está inserido no contexto dos direitos sociais, econômicos e culturais, intitulados como direitos de segunda dimensão, no âmbito dos direitos fundamentais. Estes, por sua vez, cuidam da proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a segunda dimensão representa as ações positivas estatais, com o objetivo da proteção à dignidade humana.

Ao tipificar, no artigo 6º[18] da Constituição Federal de 1988, a educação como um direito social de todos os cidadãos brasileiros, e no artigo 205[19] como um direito de todos os indivíduos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada pela sociedade, objetivando o desenvolvimento dos seres humanos, o legislador reconhece o caráter fundamental da educação e a necessidade de garanti-la e promovê-la a toda sociedade, garantindo o desenvolvimento pessoal e social dos seres humanos, e estando também intimamente relacionada ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

O Estado brasileiro, ao afirmar o direito à educação como um direito humano inerente a todo cidadão, direcionou igualmente o dever às famílias (pais e mães, por exemplo, são obrigados a matricular seus filhos e filhas na escola) de promover e incentivar o seu acesso, objetivando, assim, difundir cada vez mais a importância e necessidade da educação na vida dos cidadãos.

A educação constante como um direito humano de todos os cidadãos, sem quaisquer distinções, fundamenta-se por ser uma dimensão promotora da cidadania,

---

16 GADOTTI, Moacir. *Op. cit.*, p. 1.

17 GADOTTI, Moacir. *Op. cit.*, p. 1.

18 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

19 "Art. 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

sendo indispensável para a participação de todos os sujeitos nas esferas políticas e sociais, como também para a inserção e evolução no mercado de trabalho.

O direito à educação abordado na Constituição de 1988 representa, para Carlota Boto,[20] um instrumento de alcance do bem-estar e do desenvolvimento pessoal e social dos cidadãos. Para a autora:

> O direito à educação (...) é um direito fundamental de caráter social cuja observação pelos cidadãos lhes permite aspirar a níveis mínimos de bem-estar social. Seu objetivo maior reside na promoção de políticas adequadas capazes de materializar condições de igualdade a todos, de justiça e de oportunidades na sociedade para que seja possível o alcance de patamares mínimos que garantam a dignidade.[21]

Nesse sentido, além de representar um mecanismo impulsionador do bem-estar e do desenvolvimento pessoal e social dos cidadãos, o direito à educação é uma ferramenta para o combate e/ou diminuição das desigualdades. É por esse motivo que diferentes sujeitos são "chamados" ao processo de garantia, execução e promoção da educação, como o Estado, a família e a sociedade.

Tratados e acordos a nível internacional igualmente contemplaram o direito à educação como um direito de todos os cidadãos. A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 traz, em seu artigo XXVI,[22] a garantia do direito à educação a todos os seres humanos de forma gratuita ao menos nos graus elementares e fundamentais. Da mesma forma, ocupam-se a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino,[23] de 1960, e o artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,[26] de 1966.

---

20 BOTO, Carlota. A educação escolar como direito humano de três gerações: identidades e universalismos. *In:* SCHILLING, Flávia (org.). *Direitos humanos e educação:* outras palavras. São Paulo: Cortez, 2005. p. 3.

21 BOTO, Carlota. *Op. cit.*, p. 3.

22 "Artigo 26. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

23 "Artigo V: Os Estados Partes na presente Convenção convêm em que: a) a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais e que deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações. Todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades nas Nações Unidas para a manutenção da paz; b) deve ser respeitada a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais: 1.º) de escolher para seus filhos estabelecimentos de ensino que não sejam mantidos pelos poderes públicos, mas que obedeçam às normas mínimas que possam ser prescritas ou aprovadas pelas autoridades competentes; e 2.º) de assegurar, conforme as

O direito à educação como um direito social está garantido e protegido pelas normas de direito interno de cada Estado, assim como pela legislação internacional, em virtude da tamanha importância e fundamentalidade atribuídas à sua execução, que, além de objetivar a inserção dos seres humanos em sociedade na discussão de assuntos sociais, políticos e econômicos, representa o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o direito à educação se traduz no reconhecimento e valorização da dignidade da pessoa humana. Representa também a possibilidade que os indivíduos desfrutam do acesso a seus direitos fundamentais e básicos de

---

modalidades de aplicações próprias da legislação de cada Estado, a educação religiosa e moral dos filhos, de acordo com suas próprias convicções, outrossim, nenhuma pessoa ou nenhum grupo poderão ser obrigados a receber instrução religiosa incompatível com suas convicções; c) deve ser reconhecido aos membros das minorias nacionais do direito de exercer atividades educativas que lhes sejam próprias, inclusive a direção das escolas e Segundo a política de cada Estado em matéria de educação, o uso ou o ensino de sua própria língua desde que, entretanto: I – esse direito não seja exercido de uma maneira que impeça os membros das minorias de compreender cultura e a língua da coletividade e de tomar parte em suas atividades ou que comprometa a soberania nacional; II – o nível de ensino nessas escolas, não seja inferior ao nível geral prescrito ou aprovado pelas autoridades competentes; e III – a frequência a essas escolas seja facultativa. 2. Os Estados partes na presente Convenção comprometem-se a tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação dos princípios enunciados no parágrafo 1º do presente artigo."

24 "1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) A educação primaria deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primaria ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

interferir nos assuntos da sociedade na qual estão inseridos, gerando, assim, a formação de um cidadão consciente e com capacidade de promover o desenvolvimento social e pessoal.

EDUCAÇÃO COMO CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

A concepção de desenvolvimento abordada por Sen pauta-se pela liberdade dos indivíduos. Para o economista, o desenvolvimento representa as liberdades que são desfrutadas pelos cidadãos. Nesse sentido, as disposições econômicas desenvolvem um importante papel para a obtenção e expansão dessas liberdades; contudo, é necessário que haja a influência de outros fatores para o processo de desenvolvimento, como o acesso à saúde e educação de qualidade, a capacidade e oportunidades de participarem ativamente dos processos de escolhas sociais e/ou políticas de suas sociedades.

Nesse âmbito, o desenvolvimento requer que os sujeitos usufruam de liberdades. Contudo, a liberdade aqui abordada não se restringe somente à liberdade de locomoção, de ir e vir a qualquer tempo, de acordo com a vontade do sujeito, mas, sim, relaciona-se à liberdade de possuir as condições necessárias para uma vida sem privações: a liberdade de poder nutrir-se adequadamente, de tratar e evitar doenças, de participar ativamente das decisões da sociedade, ser alfabetizado, entre outras.

O desenvolvimento, para Sen, deve estar atrelado à forma como os sujeitos vivem, às melhorias na qualidade de vida e às liberdades por eles desfrutadas. Para o autor, "expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições",[25] ou seja, participando ativamente dos assuntos de interesse da sua sociedade.

A educação assume um importante papel na construção e expansão dessas liberdades, pois o indivíduo que possui instrução educacional possui também maiores capacidades não apenas de expandir suas liberdades, mas de relacionar-se em sociedade, de interagir socialmente com propósito da evolução pessoal e social.

De acordo com Zambam,[26] as liberdades imprimem nos sujeitos as condições necessárias para que eles desenvolvam suas potencialidades, seja no âmbito individual ou coletivo:

---

[25] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 29.

[26] ZAMBAM, Neuro Jose. *Amartya Sen*: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED. 2012. p. 40.

> A liberdade tem um papel decisivo no enriquecimento da vida humana, influenciando, particularmente, os demais atores sociais com os quais estabelece uma relação de complementariedade. O ordenamento social está diretamente relacionado com o acesso, à promoção e à garantia das liberdades, porque não depende de precondições, seja de ordem política, seja econômica, religiosa ou cultural. As diferentes formas de liberdade têm um papel determinante na superação daquelas situações que comprometem negativamente a identidade da pessoa, o desenvolvimento de suas potencialidades, sua inserção na estrutura social, assim como no processo de desenvolvimento.[27]

As liberdades representam um importante balizador do desenvolvimento, pois quanto mais liberdades um sujeito possui, menores serão as privações em sua vida; quanto mais liberdade, maior o seu bem-estar e melhor será a sua qualidade de vida. A educação constitui um dos instrumentos de maior relevância para a expansão das liberdades desfrutadas pelos indivíduos, e, por isso, o desenvolvimento requer que os sujeitos tenham acesso à educação.

A educação proporciona os meios para que os sujeitos desenvolvam as suas capacidades. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Martha Nussbaum[28] a respeito das capacidades humanas, que, segundo a autora, versam sobre o que "as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano".

O acesso à educação permite que os sujeitos desenvolvam capacidades necessárias para estimular o desenvolvimento humano ou, ao menos, executar tarefas simples do dia a dia, como ler um jornal para se atualizar sobre os acontecimentos da sua cidade. Sobre isso, Sen menciona que

> [...] o analfabetismo pode ser uma barreira formidável à participação em atividades econômicas que requeiram produção segundo especificações ou que exijam rigoroso controle de qualidade (uma exigência sempre crescente no comércio globalizado). De modo semelhante, a participação política pode ser tolhida pela incapacidade de ler jornais ou de comunicar-se por escrito com outros indivíduos envolvidos em atividades políticas.[29]

A educação, segundo Sen, é um tipo de liberdade instrumental que possibilita aos sujeitos viverem com mais bem-estar, como também usufruírem de

---

27 ZAMBAM, Neuro Jose. *Op. cit.*, p. 45.

28 NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 84.

29 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 59-60.

mais liberdade, o que, consequentemente, reflete-se no desenvolvimento pessoal de cada cidadão. Assim, a educação representa um mecanismo capaz de melhorar a qualidade de vida das pessoas, proporcionando mais liberdades, e, por conseguinte, interferindo positivamente no seu desenvolvimento pessoal e social.

Segundo Drèze e Sem,[30] a educação possui um papel central no processo de desenvolvimento. Os autores elencam nove razões para a importância da educação:

a) A qualidade de vida dos sujeitos é muito maior quando se sabe ler, escrever e contar, pois proporciona liberdade de compreender o mundo. Uma vez bem informada, a pessoa pode se comunicar com outras e ter plena noção da realidade. Já o analfabetismo, ao contrário, é uma prisão;

b) Os sujeitos capacitados e instruídos tendem a possuir mais oportunidades econômicas e maiores perspectivas de emprego;

c) O analfabetismo sufoca a voz política dos sujeitos, o que contribui diretamente para a insegurança da população. Contudo, isso não significa que as democracias não sejam eficazes, mas, sim, quanto mais eficazes elas poderiam ser se as vozes sufocadas pelo analfabetismo pudessem ser libertadas pela educação;

d) Muitas questões de saúde podem ser solucionadas e prevenidas pela educação;

e) A educação proporciona uma compreensão mais ampla sobre os direitos humanos;

f) As garantias legais são mais bem utilizadas e compreendidas, uma vez que o analfabetismo limita a capacidade de compreensão e exigibilidade dos seus direitos legais;

g) A educação das mulheres impulsiona substancialmente o poder feminino das decisões familiares, diminuindo a mortalidade infantil e prevenindo as demais doenças;

h) A educação pode contribuir para a redução das desigualdades relacionadas às divisões por classes e castas;

i) A atividade da aprendizagem pode influenciar substancialmente na qualidade de vida dos jovens.

A educação é uma ferramenta que possui a capacidade de mudar a realidade dos sujeitos, não somente em aspectos econômicos, mas também nas questões relacionadas ao cotidiano de uma sociedade, como maior destreza em se comu-

---

[30] DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta:* a Índia e suas contradições. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 126.

nicar e em se relacionar com outras pessoas, possibilitando o desenvolvimento de atividades que, aos olhos de muitos, são simples ou até mesmo irrelevantes, como ler um anúncio, uma placa de trânsito, entre outras. A educação viabiliza uma melhor inserção dos sujeitos no mercado de trabalho; quanto maior a instrução e as habilidades, maiores serão as remunerações, o que também contribui para o bem-estar, qualidade de vida e desenvolvimento dos sujeitos.

O acesso à educação é capaz, ainda, de promover o enriquecimento dos sentidos dos sujeitos, da imaginação, do pensamento e da razão prática, o que proporciona o desenvolvimento de uma visão da humanidade segundo a qual todos os seres humanos possuem direito ao acesso a bens e serviços da mesma natureza e numa mesma base de igualdade.[31]

O processo da educação pode ser um fator decisivo na promoção do desenvolvimento do ser humano. Ela representa o principal meio responsável pela formação pessoal dos sujeitos no decorrer de suas vidas, ao mesmo tempo em que é impulsionadora da geração de empregos e do desenvolvimento social e econômico, ou seja, a educação é o percurso e o destino do desenvolvimento.

De acordo com Ioschpe,

> A educação (...) não é apenas um direito do cidadão, mas um patrimônio estratégico do país, uma ferramenta indispensável ao seu desenvolvimento. (...) Percebida a educação não como um fim em si mesma, mas como uma alavanca para o progresso do país, e entendidos os mecanismos que regem e influenciam essa alavanca, nota-se que a simples concessão de vagas em instituições de ensino não é o final da relação entre Estado e escola, mas apenas o seu começo.[32]

Ao elucidar a necessidade da educação para o processo de desenvolvimento, cabe salientar que os sujeitos não necessitam do recebimento apenas da educação, mas, sim, de uma educação de qualidade, na qual as crianças e jovens tenham fácil acesso às escolas (disponham de transporte público adequado), que as instalações escolares sejam aptas e apropriadas para receber os alunos, e que os professores sejam devidamente capacitados e remunerados.

Uma educação eficaz é construída por meio do aprimoramento das estratégias desenvolvidas em sala de aula. Para Ioschpe,[33] "todo o projeto eficaz de

---

31 NUSSBAUM, Martha. Educação para o lucro, educação para a liberdade. Tradução de Fernando Cardoso. *Revista Redescrições – Revista online do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana*, ano I, n. 1, 2009. p. 12.

32 IOSCHPE, Gustavo. *A ignorância custa um mundo*: o valor da educação no desenvolvimento do Brasil. São Paulo: Francis, 2004. p. 15.

33 IOSCHPE, Gustavo. *Educação que dá certo*: os fatores que constroem uma escola e sistema educacional de excelência. 2013. Disponível em: http://www.colegio24horas.com.br/sineperio//arquivos/palestra%20Gustavo%20Ioschpe.pdf. Acesso em: 19 dez. 2018.

escola é aquele que concorre para a melhoria da realidade do universo educacional vivido pelo professor e seus alunos em sala de aula". Defende o autor que, embora as inovações tecnológicas desempenhem um importante papel na educação, há práticas ligadas à boa gestão escolar que se tornam fatores determinantes no aprendizado, como escolas com boa infraestrutura, que possuam bibliotecas, laboratórios, que comportem um rigoroso processo de admissão de professores, entre outras ações que são capazes de fortalecer a educação.

É insuficiente o discurso isolado da necessidade da educação e do aumento da escolaridade, pois este deve estar aliado às condições reais para a concretização desse importante instrumento para o desenvolvimento, que deve ser executado de forma satisfatória e qualitativa, promovendo a inclusão e combatendo todas as formas de desigualdades.

Nesse sentido, Maranhão[34] destaca:

> [...] o aumento da escolaridade média da população e a melhoria da educação assumem uma importância dramática na agenda de desenvolvimento do País, pois há consenso de que nenhuma outra variável produz, simultaneamente, maior impacto sobre a promoção da cidadania, o aumento da competitividade e da produtividade da economia, a melhoria da distribuição da renda e, em última instância, sobre a equidade social. Enfim, a educação tornou-se o principal vetor para o desenvolvimento no mundo globalizado. Isso explica a importância que o tema adquiriu na agenda da maioria dos países nas últimas décadas.

Dado o exposto, a educação representa um importante mecanismo de combate às desigualdades e privações constantes nas sociedades, da mesma forma que desempenha um papel central em diferentes campos – econômico, social, político, cultural, entre outros –, igualmente interferindo na qualidade de vida e no bem-estar dos sujeitos. Nesse sentido, a educação fomenta as capacidades humanas dos cidadãos, repercutindo no alargamento das suas liberdades e, consequentemente, promovendo o desenvolvimento humano nos diferentes campos da vida (social, econômico, político).

CONCLUSÃO

A concepção de desenvolvimento defendida por Sen possui como foco principal a liberdade. Para tanto, as liberdades possuem uma dupla função, o que Sen vai chamar de "os fins e os meios do desenvolvimento", ou seja, o processo

---

[34] MARANHÃO, Éfrem de Aguiar. Panorama geral da educação nos estados: projetos e resultados. *Textos do Brasil n. 7 – Educação para um desenvolvimento humano e social no Brasil*, p. 2. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mre000080.pdf. Acesso em: 24 abr. 2018.

de desenvolvimento requer que os indivíduos possuam liberdade na medida em que o desenvolvimento é responsável por "gerar" mais liberdades.

Os fatores econômicos, juntamente com as disposições sociais e políticas, o acesso à educação, saúde, e a participação ativa no meio social são elementos desencadeadores do desenvolvimento, pois proporcionam aos sujeitos maior autonomia e liberdade, repercutindo na melhoria da sua qualidade de vida, autoestima e felicidade. O processo do desenvolvimento está centrado na pessoa humana, que exerce o papel central, sendo necessário, para tanto, o alargamento das suas capacidades e liberdades.

A educação possui um papel fulcral no desenvolvimento, pois ela é responsável pela capacitação humana, é o principal meio de formação pessoal e social, e é um meio necessário para que os cidadãos possam acessar todos os bens e serviços que estejam à sua disposição na sociedade. É um direito que permite aos indivíduos ter o conhecimento e o acesso aos demais direitos.

O direito à educação tipificado na Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro garante o seu acesso a todos os cidadãos. Sendo um direito social, possui como objetivos o pleno desenvolvimento pessoal, o exercício da cidadania, como também o preparo para o mercado de trabalho.

Por meio da educação, é possível promover uma melhoria na qualidade de vida, uma vez que ações como saber ler, escrever e fazer contas, além de promover maior liberdade, promovem uma satisfação pessoal. Assim sendo, a educação é responsável, ainda, por fortalecer as oportunidades econômicas e de emprego, e doenças podem ser plenamente evitadas ou curadas pelo acesso à educação e às informações adequadas.

A educação é um direito humano fundamental e essencial a todos os indivíduos, que busca promover o respeito à dignidade da pessoa humana, edificar sociedades mais livres nas quais os cidadãos possuam maior liberdade, capacidade e autonomia, abolindo todas as formas de privações e desigualdades sociais existentes. É, pois, um dos principais instrumentos impulsionadores para o desenvolvimento, devendo ela ser respeitada e observada por todos que possuem o dever de garanti-la e promovê-la.

REFERÊNCIAS

BOTO, Carlota. A educação escolar como direito humano de três gerações: identidades e universalismos. *In:* SCHILLING, Flávia (org.). *Direitos humanos e educação:* outras palavras. São Paulo: Cortez, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta:* a Índia e suas contradições. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

GADOTTI, Moacir. *A questão da educação formal/não formal*. 2005. Disponível em <http://www.virtual.ufc.br/solar/aula_link/llpt/A_a_H/estrutura_politica_gestao_organizacional/aula_01/imagens/01/Educacao_Formal_Nao_Formal_2005.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

IOSCHPE, Gustavo. *A ignorância custa um mundo*: o valor da educação no desenvolvimento do Brasil. São Paulo: Francis, 2004.

IOSCHPE, Gustavo. *Educação que dá certo*: os fatores que constroem uma escola e sistema educacional de excelência. 2013. Disponível em: http://www.colegio24horas.com.br/sineperio//arquivos/palestra%20Gustavo%20Ioschpe.pdf. Acesso em: 19 dez. 2018.

MARANHÃO, Éfrem de Aguiar. Panorama geral da educação nos estados: projetos e resultados. *Textos do Brasil n. 7 – Educação para um desenvolvimento humano e social no Brasil*. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mre000080.pdf. Acesso em: 24 abr. 2018.

NUSSBAUM, Martha. Educação para o lucro, educação para a liberdade. Tradução Fernando Cardoso. *Revista Redescrições – Revista online do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana*, ano I, n. 1, 2009, p. 12.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *Texto para discussão*. As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1794.pdf. Acesso em 17 abr. 2018.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ZAMBAM, Neuro Jose. *Amartya Sen*: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.

Data de recebimento: 22/06/2018

Data de aprovação: 10/12/2018

O *PEEP SHOW* NA ALEMANHA E A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE "PEEP SHOW" IN GERMANY AND THE POSSIBILITY OF RENUNCIATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Leonardo Simchen Trevisan*
Danielle Antpack Bettim**

RESUMO

O presente estudo busca, em um primeiro momento, expor as duas decisões do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha acerca do *peep show* e discutir a fundamentação adotada pela corte para proibir esse tipo de entretenimento erótico, tanto do ponto de vista jurídico quanto filosófico, com especial ênfase no entendimento do tribunal a respeito do princípio da dignidade humana. Em um segundo momento, esta investigação busca encontrar respostas para o principal problema levantado por aquelas decisões, qual seja, o da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais. Valendo-se do método hipotético-dedutivo, o presente estudo procura contribuir para a elucidação dessa controversa questão, demonstrando, ao final, que a renúncia a direitos fundamentais é possível, nos termos e nos limites estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: *Peep show*; Dignidade humana; Direitos fundamentais; Renúncia.

ABSTRACT

This paper is initially aimed to expose the two decisions of the Federal Administrative Court of Germany on the so-called peep show and to discuss the reasoning adopted by the court to forbid this sort of erotic entertainment, both from a legal and philosophical point of view, with particular consideration on the court's understanding of the principle of human dignity. In a second moment, this investigation is aimed to find

* Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: simchentrevisan@gmail.com.

** Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: danielleantpack@gmail.com.

answers to the pivotal problem raised by those decisions, namely the possibility of renunciation of fundamental rights. Using the hypothetico--deductive method, this paper seeks to contribute to the elucidation of this controversial issue. It intends to demonstrate, in its final section, that the renunciation of fundamental rights is possible, in the way and within the limits determined by the principle of proportionality.

Keywords: Peep show; Human dignity; Fundamental rights; Renunciation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as decisões alemãs referentes ao *peep show*, uma *performance* artística de cunho sensual que, alegadamente, deveria ser objeto de proibição, entre outros motivos, devido à suposta violação da dignidade humana da performista que a pratica. Além disso, questiona-se a possibilidade de a atriz, que tem sua dignidade supostamente vilipendiada, renunciar à proteção garantida à dignidade humana, ou seja, validamente manifestar sua renúncia a esse direito fundamental.

Para esse fito, o presente trabalho restou dividido em duas seções. Na primeira, encontram-se descritas as duas decisões sobre o *peep show* exaradas pelo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) da República Federal da Alemanha (BVerwGE 64, 274 e BVerwGE 84, 314). Na sequência, encontram--se comentários sobre as decisões, sobretudo quanto ao valor da dignidade humana, tanto em seu aspecto jurídico como filosófico.

Por sua vez, na segunda seção, encontra-se o questionamento sobre a viabilidade da renúncia a direitos fundamentais em relações privadas. O ponto de partida é a posição da doutrina tradicional, que entende que os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Na sequência, são expostos breves comentários sobre outros casos relevantes de suposta infração a direitos humanos e à dignidade humana, semelhantes, portanto, ao *peep show*, quais sejam o caso Laskey, Jaggard e Brown *vs.* Reino Unido e o caso do lançamento de anões na França. Na derradeira parte, pretende-se argumentar, com base no ensinamento de autores como Benedita Mac Crorie e Robert Alexy que, ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional, a renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares é, no âmbito de um juízo de proporcionalidade, possível.

O método utilizado nesse estudo é o hipotético-dedutivo, que, no presente caso, implica a análise rigorosa de proposições jurídico-fundamentais à luz do marco teórico adotado. Por sua vez, o objetivo da investigação é contribuir para que uma das questões mais debatidas no campo da dogmática dos direitos fundamentais possa ser observada sob uma nova luz. Espera-se que isso seja o bastante para demonstrar sua relevância e utilidade.

A PROIBIÇÃO DO *PEEP SHOW* NA ALEMANHA

O *peep show*, uma peculiar modalidade de entretenimento erótico, consiste na *performance* de uma atriz que, com o seu corpo totalmente à mostra, realiza uma dança sexualmente provocante sobre um pequeno palco rodeado por diversas cabines, cada uma delas com espaço para apenas um espectador. As cabines possuem uma estreita janela para o palco, a qual, por um mecanismo automático, se abre quando dinheiro é depositado. Além disso, o vidro especial dessa janela impede que a pessoa que está no interior da cabine seja reconhecida a partir do palco, ou seja, a atriz não é capaz de ver quem a está observando da cabine.

Após a inauguração da primeira casa de *peep show* da Europa, ocorrida em Munique no ano de 1976, esse tipo de diversão erótica popularizou-se rapidamente na Alemanha, convertendo-se em uma verdadeira febre no país nos anos finais da década de 1970. O declínio do *peep show* como modalidade de entretenimento não tardaria, contudo, a chegar; no início da década seguinte, o Tribunal Administrativo Federal proferiu sua primeira decisão a respeito do tema, declarando ilícita essa atividade.[1]

Na sequência, proceder-se-á à análise das duas decisões do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha acerca do *peep show*, decisões essas que culminaram na proibição desse tipo de entretenimento erótico naquele país.

A primeira decisão acerca do *peep show*: BVerwGE 64, 274

Fundamentos da decisão

Decisão proferida pelo 1º Senado do Tribunal Administrativo Federal em 15 de dezembro de 1981. Em síntese, o que motivou a propositura da ação foi o interesse do autor em que lhe fosse concedida uma licença, nos termos do parágrafo 33, "a" do Regulamento Comercial,[2] para a instalação e o funcionamento

---

1 Sex in den Siebzigern: Backstage bei der Peepshow. *Spiegel Online*. 20 jan. 2009. Disponível em: <http://www.spiegel.de/einestages/sex-in-den-siebzigern-a-949717.html>. Acesso em: 14 dez. 2017.

2 Eis o texto do mencionado dispositivo: "§ 33a Exibição de Pessoas: (1) Quem quer promover comercialmente exibições de pessoas em seu estabelecimento ou pôr seu estabelecimento à disposição para tais eventos precisa de uma autorização do órgão responsável. Isso não vale para apresentações de caráter predominantemente artístico, esportivo, acrobático ou semelhante. A autorização pode ser concedida a prazo e vinculada a imposições, enquanto isso for necessário para a proteção da comunidade, dos espectadores ou dos moradores do prédio da empresa ou dos prédios vizinhos diante de perigos, prejuízos consideráveis ou aborrecimentos consideráveis; sob os mesmos pressupostos são também admissíveis posteriores registros, modificações e complementações das imposições. (2) A autorização deve ser recusada quan-

de uma casa de *peep show*. A ação foi julgada em primeira instância pelo Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen, no qual o direito do requerente à obtenção da licença foi reconhecido, e, em segunda instância, pelo Tribunal Administrativo Superior de Münster, no qual, mais uma vez, o autor da ação obteve sucesso.[3]

Na segunda instância, foram adotados os seguintes fundamentos para a decisão: a finalidade do dispositivo em questão do Regulamento Comercial é simplesmente a de ordenar a vida em sociedade de modo que as atividades por ele reguladas não afetem o bem-estar geral. Essa norma não tem o objetivo de proteger a moral em si mesma, nem o de prescrever ao cidadão um mínimo moral e garantir a observância desse mínimo por intermédio dos meios administrativos de fiscalização. Em se tratando de uma atividade relacionada à vida sexual, uma afetação do bem-estar da comunidade teria lugar somente quando essa atividade fosse desempenhada de forma a não respeitar o direito de pessoas que não desejam participar dela, ou seja, quando ela incomodar pessoas que não querem ser incomodadas, e, de modo especial, quando ela puder, inadvertidamente, afetar menores de idade.[4]

De acordo com a decisão proferida na segunda instância, apenas se essas condições estiverem preenchidas haverá uma violação à cláusula dos bons costumes capaz de ensejar o indeferimento da licença. O fato de que a atividade em questão possa ser julgada moralmente reprovável não basta para justificar esse indeferimento. O argumento de que a atriz seria, em virtude das circunstâncias sob as quais ocorre esse tipo de apresentação, degradada à condição de um mero

---

do: 1. fatos justificam a suposição de que o requerente não possui a seriedade necessária para o empreendimento, 2. é esperado que a exibição irá contrariar os bons costumes ou 3. o empreendimento, em consideração à sua localização ou ao uso do espaço, contraria o interesse público, particularmente deixa recear efeitos nocivos ao meio-ambiente no sentido da Lei Federal de Proteção contra Imissões ou consideráveis prejuízos, perigos ou aborrecimentos para a comunidade". No original: „*§ 33a Schaustellungen von Personen: (1) Wer gewerbsmäβig Schaustellungen von Personen in seinen Geschäftsräumen veranstalten oder für deren Veranstaltung seine Geschäftsräume zur Verfügung stellen will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Dies gilt nicht für Darbietungen mit überwiegend künstlerischem, sportlichem, akrobatischem oder ähnlichem Charakter. Die Erlaubnis kann mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erfordelich ist; unter denselben Voraussetzungen ist auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig. (2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn 1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daβ der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, 2. zu erwarten ist, daβ die Schaustellungen den guten Sitten zuwiderlaufen werden oder 3. der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Imissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten läβt*".

[3] BVerwGE 64, 274.

[4] BVerwGE 64, 274.

objeto de satisfação voyeurística do observador e que, portanto, seria ferida em sua dignidade humana, foi afastado na decisão. Para o tribunal de segunda instância, não haveria uma violação da dignidade humana da mulher nesse caso.[5]

Contra essa decisão, interpôs-se recurso para o Tribunal Administrativo Federal. Nessa instância, o quadro alterou-se completamente, e a licença pretendida acabou sendo negada.

Na fundamentação, o Tribunal Administrativo Federal entende que esse tipo de evento (*peep show*) apresenta características que permitem vislumbrar uma violação à cláusula dos bons costumes. Mas o que é a cláusula dos bons costumes? Segundo o tribunal, trata-se de um conceito jurídico indeterminado e carecedor de concretização; quando concretizado pela Administração, está amplamente sujeito a revisão judicial. Com a utilização dessa cláusula, a lei remete às concepções valorativas ético-sociais que são tomadas como pressuposto na organização da comunidade jurídica. O critério para o deferimento ou não da licença seria, portanto, a conformidade da atividade proposta à cláusula dos bons costumes, não a simples não afetação de pessoas que não desejam ter nenhum contato com ela, como aduziu o tribunal de instância inferior.[6]

O Tribunal Administrativo Federal salienta também que a ordem de valores consagrada na Lei Fundamental, ou seja, os princípios éticos que foram dotados de vinculatividade jurídica pela Constituição, especialmente a proteção à dignidade humana, harmoniza-se com a exigência de que a cláusula dos bons costumes seja respeitada. Assim, atividades que, devido às circunstâncias do seu desempenho, atentam contra a dignidade humana são, ao mesmo tempo, contrárias aos bons costumes. O indeferimento da licença nesse caso é o modo pelo qual o órgão estatal competente cumpre a sua tarefa relativamente à proteção da dignidade humana, a qual, segundo o artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental,[7] constitui dever de todos os poderes do Estado. Para o tribunal, atividades como a do *peep show* violam a dignidade humana da mulher e, portanto, não são passíveis de autorização.[8]

A violação à dignidade humana está, nesse tipo de atividade, justamente na degradação da pessoa à condição de mero objeto. Nesse ponto, são feitas algumas distinções sutis. Segundo o tribunal, a simples exposição do corpo feminino, como ocorre, por exemplo, nas apresentações de *striptease*, não implica uma violação à dignidade humana, pois esse tipo de espetáculo de dança revela toda

---

5 BVerwGE 64, 274.

6 BVerwGE 64, 274.

7 Assim estabelece o aludido dispositivo: "A dignidade humana é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal". No original: „*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*".

8 BVerwGE 64, 274.

uma tradição artística por trás e, além disso, a dançarina é capaz de ver quem a está assistindo, não há nenhum mecanismo que a impeça de reconhecer os presentes ao recinto da apresentação.[9]

De acordo com a decisão, isso não ocorre no *peep show*; as circunstâncias que envolvem a apresentação contribuem para que a dançarina seja degradada à condição de objeto. Deve-se isso ao fato de que o observador tem acesso à *performance* através de um processo mecanizado e automatizado, já que ele deposita a moeda e a janela para o palco automaticamente se abre, como se a visão do corpo da mulher fosse a mercadoria de uma máquina automática. Além disso, o isolamento da cabine é proposital, impedindo que a dançarina reconheça quem a está observando e convertendo-a, assim, em mero objeto de autossatisfação voyeurística do observador. Circunstâncias como essas permitem concluir que o corpo da mulher é explorado comercialmente como uma mercadoria qualquer, um simples objeto de estímulo sexual. Diante de tais circunstâncias, pode-se afirmar, segundo o tribunal, que esse tipo de apresentação é degradante para a mulher que a realiza e viola sua dignidade.[10]

Não afasta a violação à dignidade da mulher o fato de que ela participa voluntariamente desse tipo de atividade. A dignidade humana é um valor objetivo e indisponível, e o particular não pode renunciar a ela de modo eficaz. Apesar de afirmar isso, a decisão deixa expressamente em aberto a questão relativa a se e até que ponto o titular da dignidade humana, sem a influência do Estado, pode configurar sua vida privada de acordo com a sua vontade (especialmente no que tange à sua própria visão acerca daquilo que a sua dignidade constitui).[11]

De acordo com a decisão, essa não é uma questão pertinente, pois o deferimento da licença para a exploração da atividade proposta somente pode ser levado a efeito pelo órgão estatal dotado de competência para tanto, o qual está simultaneamente obrigado a respeitar e a proteger a dignidade humana. Portanto, a questão restringe-se à possibilidade de outorga da licença para estabelecimentos que promovam atividades objetivamente atentatórias à dignidade humana, não sendo o consentimento do afetado capaz de eliminar essa circunstância. Tal consentimento só poderia excluir uma violação à dignidade humana naqueles casos em que o fundamento da violação é justamente a falta de consentimento do afetado.[12]

Não é esse o caso do *peep show*, pois a violação à dignidade da performista independe do seu consentimento, decorrendo das circunstâncias sob as quais a apresentação é realizada. Nesse caso, a dignidade da mulher deve ser defendida

---

9 BVerwGE 64, 274.
10 BVerwGE 64, 274.
11 BVerwGE 64, 274.
12 BVerwGE 64, 274.

mesmo contra a sua intenção de desempenhar a atividade, já que o valor objetivo da dignidade humana prevalece sobre as concepções subjetivas que a mulher possa ter acerca desse valor. A proteção à dignidade humana perderia totalmente sua força normativa e seu significado primordial para a ordem jurídica se o juízo definitivo acerca da existência ou não de uma violação a esse direito fundamental fosse deixado exclusivamente a cargo do titular do direito.[13]

Assim, a violação à dignidade da mulher constitui motivo suficiente para que o *peep show* seja considerado incompatível com os bons costumes, eximindo o tribunal de considerações adicionais acerca do caráter moralmente reprovável dessa atividade.[14]

Comentários

Pelo tratamento que dispensa ao valor da dignidade humana, a primeira decisão do Tribunal Administrativo Federal acerca do *peep show* mostra-se interessante sob múltiplos aspectos. A análise a seguir trabalhará esse valor sob o prisma jurídico (limitado ao plano jurídico-constitucional)[15] e sob o prisma filosófico (com base na filosofia de Kant).

A dignidade humana sob o prisma jurídico: sua posição na Lei Fundamental

A decisão adrede exposta alude à preservação da dignidade humana da mulher como o fundamento central para a proibição do *peep show*. Algumas considerações acerca desse valor do ponto de vista jurídico são, pois, indispensáveis.

Na ordem constitucional alemã, a dignidade humana não constitui um valor qualquer; ela está prevista no artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental, justamente o seu dispositivo de abertura, que faz referência à intangibilidade da dignidade humana e à obrigação de todo poder estatal em considerá-la e protegê-la. Não é difícil imaginar o motivo dessa previsão em um lugar tão privilegiado do texto constitucional; a Lei Fundamental pretendeu desde o início assinalar a dignidade humana como o mais básico dos valores que dão forma à ordem constitucional, opondo-se, com isso, à barbárie do regime nacional-socialista que devastou a Alemanha no período histórico imediatamente anterior ao advento da Lei Fundamental (promulgada em 1949, poucos anos após o colapso daquele regime totalitário) e que representou justamente a negação

---

13 BVerwGE 64, 274.

14 BVerwGE 64, 274.

15 Ao lado do plano constitucional, seria possível trabalhar, com base na referida decisão, o valor da dignidade humana nos planos administrativo e civil. Todavia, para os objetivos aqui perseguidos, isso se revela dispensável.

da dignidade humana.[16] Como tal, o artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental não representa uma simples declaração ética de respeito à dignidade do ser humano (que, sem dúvida, constitui simultaneamente um valor moral de extrema importância), mas uma autêntica norma jurídica cuja observância é garantida por intermédio das vias processuais de proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.[17]

O inequívoco destaque conferido à norma da dignidade humana pela Lei Fundamental poderia indicar o seu "caráter absoluto", reforçado por sua descri-

---

[16] Acerca do significado da dignidade humana no contexto da ordem de valores prevista na Lei Fundamental, assinala Konrad Hesse: "o *artigo de entrada da Lei Fundamental* normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo poder estatal de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade [...], está no respeito e na proteção da humanidade. A imagem do homem, da qual a Lei Fundamental parte no artigo 1º, não deve, nisso, nem individual nem coletivamente ser mal entendida, ou dada outra interpretação. Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da 'massa' moderna. Ele é entendido, antes, como 'pessoa': de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família (artigo 6º da Lei Fundamental), igrejas (artigo 140 da Lei Fundamental), grupos sociais e políticos (artigo 9º e 21 da Lei Fundamental), das sociedades políticas (artigo 28, alínea 2 da Lei Fundamental), não em último lugar, também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a coconfigurar responsavelmente convivência humana. Somente assim, entendido não só como barreira ou obrigação de proteção do poder estatal, o conteúdo do artigo 1º da Lei Fundamental e os direitos do homem, dos quais o povo alemão, por causa deste conteúdo, 'como base de cada comunidade humana', declara-se partidário (artigo 1º, alínea 2 da Lei Fundamental), convertem-se em pressuposto da livre autodeterminação, sobre a qual a ordem constituída, pela Lei Fundamental, da vida estatal deve assentar-se." (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 109-111. n. m. 116.) Mais além, verifica-se que, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a dignidade humana teve desde o início grande significado. Nas decisões mais antigas desse tribunal ela já era colocada no centro do sistema de valores inscrito na Lei Fundamental, verdadeiro "ponto de partida dos direitos fundamentais", em estreita conexão com vários desses direitos, tais como os direitos fundamentais processuais, a liberdade de crença, a liberdade de consciência, a liberdade de informação e a liberdade artística, direitos fundamentais que não apenas devem ser interpretados à luz da dignidade humana, mas para os quais ela também serve de reforço. Constitui ela, assim, o (no dizer daquele tribunal) "mais alto valor jurídico" no interior da ordem constitucionalmente fundada. (HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. *In:* ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. II. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. S. 323-325.)

[17] BENDA, Ernst. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. *In:* BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin; New York: de Gruyter, 1994. S. 164-165.

ção como "intangível". Isso, todavia, seria extremamente problemático, mormente por se tratar de uma norma com um grau tão elevado de abertura semântica. Entendendo-se a dignidade humana como um princípio[18] absoluto, impede-se que ela conheça qualquer limitação jurídica motivada por princípios colidentes, por maior que seja, a cada caso, a importância dessa limitação; sua realização conheceria apenas limites fáticos.[19-20]

Robert Alexy busca solucionar esse problema com uma construção peculiar: segundo ele, a norma da dignidade humana é simultaneamente regra e princípio. O princípio da dignidade humana, em face da abertura inerente a essa norma, deve ser objeto de ponderação com outros princípios para que, a cada caso, o conteúdo da regra da dignidade humana possa ser estabelecido. Se no nível dos princípios ela cede, isso significa que ela não está violada no plano das regras.[21]

---

18 O termo "princípio" é empregado aqui no sentido peculiar à teoria de Robert Alexy. Esse autor, contrapondo regras e princípios como as duas distintas espécies de normas, assim as diferencia: "Tanto regras como princípios podem ser concebidos como normas. Se isso ocorre, então se trata de uma distinção dentro da classe de normas. O ponto decisivo para a distinção de regras e princípios é que princípios são *mandamentos de otimização*, enquanto regras têm o caráter de *mandamentos definitivos*. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que eles podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida ordenada de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que, além de por regras, são determinadas, essencialmente, por princípios em sentido contrário. O último implica que princípios são suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma de aplicação do direito característica para princípios. Ao contrário, regras são normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale e é aplicável, então é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, nesse sentido, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Sua aplicação é um assunto-tudo-ou-nada. Elas não são nem suscetíveis nem carentes de ponderação. A forma de aplicação do direito para elas característica é a subsunção." (ALEXY, Robert. Sistema jurídico e razão prática. *In:* _____. *Direito, razão, discurso:* estudos para a filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 164-165.)

19 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 94-95.

20 Nils Teifke coloca a questão da seguinte forma: "A proposição 'a dignidade humana é intangível' proporciona a impressão da absolutidade da dignidade humana. Isso corresponde com a concepção, preponderantemente defendida, segundo a qual cada intervenção na dignidade humana já representa sua violação. Uma limitação da dignidade humana estaria, por conseguinte, excluída. Se a dignidade humana vale absolutamente, não se pode, sob nenhumas circunstâncias, intervir nela." (TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental. *In:* HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 172.)

21 Para ilustrar isso, Alexy alude às decisões do Tribunal Constitucional Federal acerca da interceptação telefônica, na qual restou decidido que tal medida não representava uma violação à dignidade humana quando necessária à proteção da ordem democrática e à conservação do Estado (BVerfGE 30, 1), e da prisão perpétua, na qual restou estabelecido que a manutenção indefinida da prisão não violava a dignidade humana do apenado quando justificada por sua permanente periculosidade (BVerfGE 45, 187). (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 96-97.)

Dito de outro modo: diante da abertura semântica da norma da dignidade humana, pode-se falar em uma regra e em um princípio da dignidade humana. Como regra, a dignidade humana é absoluta, mas não o é como princípio; o conteúdo da regra deve ser determinado pela ponderação do princípio com outros princípios diante do caso concreto. Apesar disso, deve ser observado que há um amplo espectro de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalece sobre os princípios em sentido contrário; existem, na maioria dos casos, razões suficientemente fortes do ponto de vista jurídico-fundamental para que a relação de precedência condicionada que a ponderação estabelece seja decidida em favor do princípio da dignidade humana.[22] A respeito disso, Teifke assinala que, em situações normais, é possível defender a existência de uma proteção absoluta da dignidade humana; do ponto de vista da Lei Fundamental, o princípio da dignidade humana é aquele que possui o peso abstrato mais alto, somente podendo retroceder diante de princípios colidentes em casos realmente excepcionais. Existe, portanto, uma primazia *prima facie* abstrata da dignidade humana, que, embora não baste para assegurar a prevalência desse princípio em todos os casos, estabelece uma regra de carga da argumentação em seu favor.[23]

Para os fins aqui perseguidos, o mais importante a reter dessa complexa construção teórica é que a norma da dignidade humana não pode ser entendida como um princípio absoluto. Absoluta é a regra da dignidade humana, cuja aplicação, contudo, depende de uma determinação do seu conteúdo, o que somente pode ser feito no plano dos princípios, ponderando-se o princípio da dignidade humana com princípios colidentes. No que tange especificamente ao *peep show*, poder-se-ia reconstruir o caso, com base na teoria da ponderação,[24] nos termos de uma colisão de direitos fundamentais do mesmo titular: a dignidade humana da mulher colidindo com a sua própria liberdade de exercício profissional,[25] e, mais além, com a sua liberdade artística.[26] Se essa configura-

---

22 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 97.

23 TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental. *In:* HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 184-186.

24 Para maiores detalhes acerca da teoria da ponderação, ver item *Renúncia a direitos fundamentais...*, infra.

25 Garantida pelo artigo 12, alínea 1 da Lei Fundamental, que estabelece: "Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a profissão, o posto de trabalho e o local de formação. O exercício da profissão pode ser regulado por lei ou com base em lei." No original: „*Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.*"

26 Garantida pelo artigo 5, alínea 3 da Lei Fundamental: "Arte e ciência, pesquisa e ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa a fidelidade à Constituição." No original: „*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.*"

ção for aceita, pode-se afirmar que os direitos fundamentais da mulher, que, no caso, entram em rota de colisão com o princípio da dignidade humana, deveriam ter sido seriamente considerados. É impossível definir ao certo qual teria sido o resultado dessa ponderação; isso, contudo, levaria a uma exigência de fundamentação muito distinta daquela adotada pelo tribunal – que, a um olhar mais atento, não se distancia da concepção de um caráter absoluto da dignidade humana.

A dignidade humana sob o prisma filosófico: sua relação com a autonomia

O principal filósofo a ter se ocupado da questão da dignidade humana foi inequivocamente o prussiano Immanuel Kant, embora a raiz dessa ideia seja-lhe anterior, remontando aos primórdios da tradição judaico-cristã.[27]

Famosa é a proposição de Kant sobre a dignidade: "No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade".[28] Com essa construção, Kant contrapõe a moralidade e a humanidade, como fins em si e, portanto, coisas dotadas de dignidade, a tudo aquilo que, embora desprovido de valor intrínseco, é útil para a satisfação das necessidades e carências humanas (tendo, portanto, preço de mercado) ou serve a um mero deleite, sem pressupor uma necessidade (tendo, portanto, preço afetivo). Assim, a destreza e a diligência no trabalho podem ter um preço de mercado, humor e capacidade de imaginação podem ter um preço afetivo, mas apenas as ações moralmente boas têm um valor intrínseco.[29]

Em Kant, ações moralmente boas são aquelas executadas por dever (não meramente em conformidade com o dever, já que inclinações subjetivas podem recomendar ações que não estão em contradição com ele, não significando isso, por si só, que o ser racional aja moralmente). Para ser moral, a natureza racional deve agir não segundo leis empíricas, ou seja, influenciada pelos objetos da

---

[27] Com efeito, a criação bíblica do homem à imagem e semelhança de Deus (*imago dei*) é parte fundamental da noção de dignidade humana no mundo ocidental; mesmo a tradição secular bebe das fontes cristãs ao tratar desse valor. Sob esse aspecto, a forma particular de relação entre Deus e o homem estabelecida pelo Cristianismo serve de fundamento para a observância de determinados princípios éticos nas relações dos homens entre si e destes com o Estado. (ISENSEE, Josef. Würde des Menschen. *In:* MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (hrsg.). *Handbuch der Grundrechte*. Bd. IV. Heidelberg: C. F. Müller, 2011. S. 58-59.)

[28] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 265.

[29] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 265-267.

experiência, mas segundo os ditames da razão, dados *a priori*. Sendo os conceitos morais originários da razão, válidos para todo ser racional, é necessário derivá-los já do conceito universal de um ser racional, sem levar em consideração elementos empíricos arbitrários e contingentes.[30] A fórmula para a verificação da moralidade de uma ação consiste no imperativo categórico, cuja primeira formulação diz: "age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal".[31-32]

Seres racionais caracterizam-se pela sua capacidade de autodeterminação, ou seja, pela faculdade que possuem de determinar sua conduta de acordo com a representação de determinadas leis. O fundamento objetivo de autodeterminação da vontade do ser racional é a finalidade; o fundamento do imperativo categórico deve, portanto, ser buscado em algo que é, em si mesmo, finalidade, ou seja, o homem, o próprio ser racional. Com efeito, o ser racional somente pode existir como fim em si mesmo, não como um simples meio à disposição de uma determinada vontade, e assim deve ser considerado, tanto na sua relação com os outros quanto na consigo próprio.[33] Surge, desse modo, uma nova formulação do imperativo categórico: "Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio".[34]

O princípio da humanidade, ao estabelecer que toda natureza racional constitui uma finalidade em si mesma,[35] representa um princípio restritivo da liberdade: a busca dos fins subjetivos de cada homem, a ação que ele realiza de acordo com sua vontade, encontra-se limitada pelo fim objetivo que a natureza racional representa. Subordinada, dessa forma, ao princípio da humanidade, a vontade do homem

---

30 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 161-181.

31 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 215.

32 Logo a seguir, Kant enuncia a segunda formulação do imperativo categórico: "age como se a máxima de tua ação devesse se tornar por tua vontade uma lei universal da natureza." (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 215.)

33 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 237-241.

34 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 243-245.

35 Esse princípio é tão importante na filosofia prática de Kant que ele acabou por elevá-lo à condição de conteúdo de um dos deveres jurídicos fundamentais, descrito por Ulpiano pela fórmula "sê um homem honesto": para Kant, essa honestidade jurídica consiste justamente no dever imposto ao homem de afirmar o seu próprio valor em sua relação com os outros, ou seja, o de não se converter para os demais em mero meio, mas ser para eles ao mesmo tempo um fim. (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten:* Teil 1. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998. S. 45-46.)

torna-se passível de universalização, sendo, pois, todo ser racional dotado de uma vontade universalmente legisladora. Do ponto de vista da moralidade, isso significa que o ser racional não está submetido a um dever externo, mas apenas à lei que ele, com base em sua vontade simultaneamente autolegisladora e universal, outorgou a si mesmo. Kant dá a esse princípio o nome de "autonomia da vontade".[36]

É possível, dessa forma, pensar em um "reino dos fins", ou seja, uma união dos seres racionais segundo leis objetivas comuns, na medida em que todos eles encontram-se submetidos ao mandamento de não tratar a humanidade como mero meio, mas sempre como um fim. A dignidade do ser racional enquanto membro do reino dos fins consiste justamente no fato de ele não estar submetido a nenhuma lei a não ser àquela que, legislando universalmente, ele mesmo se dá. A autonomia converte-se, assim, em fundamento da dignidade de toda natureza racional.[37]

Mais além, a autonomia está estreitamente vinculada à ideia de liberdade, entendida como propriedade da vontade de todo ser racional. É característico do ser racional o fato de sua vontade basear-se na razão, ou seja, ser independente das causas extraídas do mundo sensível. Justamente a essa independência dá-se o nome de liberdade. Como um ser livre, o ser racional é autônomo, ou seja, apto a reconhecer na vontade uma lei para si mesmo.[38] É possível, assim, falar em um conceito negativo e em um conceito positivo de liberdade: no negativo, a liberdade é meramente a independência do arbítrio em relação aos impulsos sensíveis, o livre-arbítrio em sentido próprio, determinado exclusivamente pela razão pura; no positivo, a liberdade é a faculdade que a razão pura tem de ser por si mesma prática, ou seja, a possibilidade de que a máxima de cada ação seja convertida em uma lei universal.[39]

Com isso, pode-se dizer que, na filosofia de Kant, dignidade, liberdade e autonomia são indissociáveis. Para o problema que aqui se coloca, trata-se de uma constatação de vital importância. Fazendo-se abstração do tratamento que Kant dispensa à sexualidade,[40] é possível afirmar que o ser humano, como um ente racional

---

36 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 249-259.

37 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 259-269.

38 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 349-355.

39 KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten:* Teil 1. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998. S. 17-18.

40 Kant é extremamente rigoroso em relação a esse tema. Na parte da "Metafísica dos Costumes" destinada à exposição da doutrina do direito, o filósofo introduz a noção de um "direito pessoal de caráter real", concernente às relações domésticas, que, no que tange à comunhão sexual, exige o contrato de casamento para que a união entre homem e mulher possa ser perfectibilizada. É contrário à natureza e às leis da razão pura qualquer uso das faculdades sexuais fora desse contrato. E isso porque, no ato sexual, o uso que uma das partes faz dos órgãos sexuais da outra equivale a uma fruição, ou seja, a pessoa converte-se a si mesma em coisa, violando o direito de humanidade em

dotado de autonomia, deve ser livre para fazer suas próprias escolhas, e é justamente nisso que reside sua dignidade. No caso do *peep show*, o que se verifica é justamente o oposto disso: em face da alegada violação à dignidade da mulher, o Estado pretende impedi-la de desempenhar tal atividade. Ao agir assim, o ente estatal, sob o pretexto de proteger a dignidade humana, está, em última análise, violando-a, na medida em que ele nega à mulher a possibilidade de exercer sua autonomia.

Indo um pouco mais além, pode-se observar que esse tipo de questão remete à própria essência da liberdade. Segundo um grande pensador liberal, a liberdade significa sempre a "liberdade para errar". Por maiores que possam ser as críticas à ação de uma pessoa que supostamente está se autoprejudicando, e por mais que essas críticas tenham a melhor das intenções, no sentido de preservar a dignidade ou qualquer outro atributo daquela pessoa, não se pode impedir que ela seja livre para praticar essa ação tão somente pelo fato de se acreditar que ela não deveria ter essa liberdade.[41] No caso do *peep show*, tal concepção de liberdade parece ser incompatível com a atuação estatal (tanto do Estado-juiz quanto do Estado-Administração), na medida em que está sendo negada à mulher a "liberdade para errar" (supostamente errar, claro, pois a caracterização dessa atividade como contrária à moral depende de um juízo de valor subjetivo do agente estatal), sob o inconsistente pretexto de proteção da sua dignidade.

Consequências da decisão

Com a decisão, os órgãos administrativos responsáveis pelas licenças passaram a ordenar o fechamento das casas de *peep show* em várias cidades, porém não sem resistências. Em Frankfurt am Main, por exemplo, 45 dançarinas de *peep show* assinaram uma petição na qual requeriam a preservação dos seus postos de trabalho, e o próprio órgão de representação estudantil da Universida-

---

sua própria pessoa; a única possibilidade para que isso ocorra de forma legítima é se a pessoa adquirida por outra como coisa venha a adquirir a outra também como coisa, o que pressupõe o contrato de casamento entre elas, de modo que ambas, usando-se reciprocamente, possam recuperar sua personalidade. Sobre essa base, Kant rechaça expressamente todas as possibilidades de comunhão sexual que não se enquadrem no matrimônio, tais como a homossexualidade, a prostituição e o concubinato. (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten:* Teil 1. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998. S. 92-96.) Mais adiante, na parte dedicada à doutrina da virtude, Kant defende ser a voluptuosidade um vício ainda mais abjeto que o do suicídio, pois, embora ambos representem uma violação do dever do homem com relação a si próprio (decorrente do direito de humanidade em sua própria pessoa), o suicídio de um homem para o qual a vida tornou-se um fardo insuportável exige, ao menos, bravura, o que não ocorre com a voluptuosidade, uma frouxa entrega aos estímulos sensíveis que excitam a inclinação animal do homem, convertendo-o, assim, em simples meio de satisfação de seus próprios impulsos carnais. (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten:* Teil 2. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre. Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1990. S. 61-63.)

41 MISES, Ludwig von. *Economic policy:* thoughts for today and tomorrow. 3. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006. p. 22-23.

de de Frankfurt protestou contra o que julgava ser uma "medida monstruosa". Lá, todavia, o prefeito da cidade, de perfil conservador, obteve o apoio tanto das feministas de esquerda quanto dos moralistas de direita para lançar a máquina pública contra aqueles estabelecimentos. Postura semelhante foi adotada pelos órgãos administrativos de outras cidades alemãs, como Hanôver, Hamburgo, Bochum, Essen e Aachen.[42]

Ao mesmo tempo, surgiram na imprensa veementes reações à fundamentação da decisão. O jornal *Die Zeit*, por exemplo, veiculou a opinião de que, em um Estado liberal, o cidadão não pode, com base em considerações atinentes à moralidade e à dignidade humana, ser privado de seu direito à autodeterminação sexual, mesmo em relação a práticas não muito convencionais, desde que o exercício de sua sexualidade não venha a interferir na liberdade de pessoas que desejam permanecer imperturbadas.[43]

Em 1983, as casas de *peep show* de Hamburgo foram fechadas pelos órgãos administrativos daquela cidade. O fechamento ocorreu sob o protesto das atrizes, inconformadas com a extinção dos seus postos de trabalho. Pouco a pouco, estabelecimentos semelhantes foram se extinguindo em toda a Alemanha, de modo que hoje, naquele país, esse tipo de entretenimento erótico não está mais disponível.[44] O "golpe de misericórdia" contra os estabelecimentos de *peep show* foi desferido pela segunda decisão do Tribunal Administrativo Federal.

A segunda decisão acerca do *peep show*: BVerwGE 84, 314

Fundamentos da decisão

Decisão proferida pelo Tribunal Administrativo Federal em 30 de janeiro de 1990. O autor da ação havia obtido três licenças, anteriores à decisão de 1981, para a exploração do *peep show*. Sobreveio, contudo, a decisão do Tribunal Administrativo Federal acerca da ilicitude dessa atividade e, com base nela, o órgão administrativo competente anulou todas as licenças, intimando o autor para que encerrasse suas atividades em um determinado período. Após reclamações infrutíferas na esfera administrativa, ele decidiu ingressar com a ação, postulando o reconhecimento da validade das licenças.[45]

---

42 Peep-Show: Dr. Mabuse Spricht. *Der Spiegel*. 15 mar. 1982. Disponível em: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-14335841.html >. Acesso em: 14 dez. 2017.

43 „Von Schweinwerfern Angestrahlt...": Warum das Bundesverwaltungsgericht Peep-Shows für Sittenwidrig Hält. *Die Zeit*. 26. Fev. 1982. Disponível em: <http://www.zeit.de/1982/09/von--schweinwerfern-angestrahlt/komplettansicht>. Acesso em: 14 dez. 2017.

44 Sex in den Siebzigern: Backstage bei der Peepshow. *Spiegel Online*. 20 jan. 2009. Disponível em: <http://www.spiegel.de/einestages/sex-in-den-siebzigern-a-949717.html>. Acesso em: 14 dez. 2017.

45 BVerwGE 84, 314.

O juízo de primeira instância acolheu o pleito do requerente. Em segunda instância, o Tribunal Administrativo Superior de Hamburgo manteve o entendimento favorável ao autor, aduzindo, para tanto, os seguintes fundamentos: o *peep show* não representa uma violação à dignidade humana da mulher, uma vez que esse direito fundamental garante a liberdade do particular à autodeterminação, o que inclui a sua liberdade de conduzir a sua vida no sentido que desejar. Limitações a essa liberdade não podem decorrer de uma concepção discutível de dignidade humana, mas da finalidade e da função desse direito fundamental. Embora o respeito à dignidade humana seja incompatível com a autodestruição da personalidade do titular do direito, isso não se verifica, segundo o tribunal, no caso da dançarina de *peep show*.[46]

Outro fator relevante, de acordo com a decisão, diz respeito à localização do estabelecimento, situado em um bairro de divertimento noturno da cidade de Hamburgo, local onde atividades de entretenimento adulto são socialmente toleradas. Por mais que o *peep show* possa, em geral, ser visto como algo imoral, a reprovação social a essa atividade não deve ir tão longe a ponto de proibir o seu funcionamento mesmo naqueles bairros, pois ela não representa nada de substancialmente novo em relação ao que neles já existe. Não deve ser negligenciado o fato de que o tipo de diversão existente nesses locais é procurado com frequência por parte considerável da população. Ainda, o Tribunal Administrativo Federal reconheceu, em uma decisão anterior, que a exibição pública de filmes pornográficos, atividade análoga à do *peep show*, não viola a cláusula dos bons costumes.[47]

Contra essa decisão, houve a interposição de recurso para o Tribunal Administrativo Federal. Nessa instância, foi dado provimento ao recurso, reconhecendo-se a legalidade da anulação das autorizações e da subsequente ordem de suspensão das atividades.

Na fundamentação da decisão, o Tribunal Administrativo Federal aduz que o deferimento das licenças ao autor da ação constitui ato administrativo atentatório à cláusula dos bons costumes. Ele afasta, sem delongas, os argumentos lançados na decisão recorrida, detendo-se mais na fundamentação da decisão anterior dele próprio acerca do *peep show*. Naquela ocasião, o *peep show* foi considerado contrário aos bons costumes porque as circunstâncias da apresentação acabavam por degradar a mulher à condição de um mero objeto destinado a estimular sexualmente o observador, ou seja, violavam sua dignidade humana. Esse entendimento foi objeto de críticas de parte da doutrina e da jurisprudência, que defendiam inexistir uma violação à dignidade da mulher nesse caso. Tal

---

46 BVerwGE 84, 314.
47 BVerwGE 84, 314.

discussão, segundo o tribunal, deve perder o seu objeto, pois, embora na nova decisão o *peep show* ainda seja considerado contrário à cláusula dos bons costumes, o fundamento adotado para tanto é diverso.[48]

A cláusula dos bons costumes remete às convicções morais predominantes na sociedade. Para o tribunal, os fatos levantados na decisão recorrida, tais como a voluntariedade da apresentação por parte da mulher e a considerável procura por esse tipo de entretenimento, não excluem a incompatibilidade do *peep show* com as convicções morais predominantes, pois não se pode supor que tanto a mulher quanto o observador considerem essa atividade moralmente aceitável tão somente pelo fato de dela participarem. Nesse sentido, o tribunal argumenta que as críticas dirigidas à sua decisão anterior dizem respeito, sobretudo, à fundamentação baseada na violação à dignidade humana da mulher, não a uma aprovação ético-social da prática do *peep show*, a favor da qual dificilmente se poderia encontrar alguma voz.[49]

O próprio tribunal de instância inferior admite que o *peep show* é visto como imoral por considerável parte da população, embora seja por ela tolerado, desde que a atividade seja desempenhada em lugares específicos, os bairros de divertimento noturno (*Vergnügungsviertel*). Isso, contudo, não significa, segundo o Tribunal Administrativo Federal, que o caráter imoral da atividade dependa do lugar onde ela é praticada; a prostituição, em geral, e o *peep show*, em particular, contrariam os bons costumes mesmo quando praticados no interior dos bairros de divertimento noturno, e a circunstância de que essas atividades sejam toleradas nos referidos locais não elimina tal fato.[50]

O tribunal afasta também o argumento levantado na decisão recorrida acerca da ausência de violação à cláusula dos bons costumes pela exibição de filmes pornográficos, aduzindo que entre a exibição de um filme e a apresentação ao vivo de uma dançarina de *peep show* existe uma considerável diferença. Sob esse aspecto, o *peep show* está mais próximo da prostituição, amplamente reconhecida como contrária aos bons costumes, pois em ambos os casos a intimidade sexual é transformada em mercadoria e explorada comercialmente.[51]

Em conclusão, o tribunal acentua o fato de que a impossibilidade de reconhecimento do observador, oculto pela janela da cabine, é, ao mesmo tempo, a característica essencial do *peep show* e o fator decisivo para que ele seja considerado contrário à cláusula dos bons costumes. Se ele continuaria sendo tratado dessa forma caso o observador fosse perfeitamente visível é deixado em aberto;

---

48 BVerwGE 84, 314.
49 BVerwGE 84, 314.
50 BVerwGE 84, 314.
51 BVerwGE 84, 314.

isso, entretanto, levaria a um novo tipo de apresentação, não a uma simples "atenuação" do *peep show*.[52]

Comentários

Na segunda decisão acerca do *peep show*, o tribunal abandonou a linha de fundamentação anterior, que dizia respeito à violação à dignidade humana da mulher, substituindo-a por considerações mais pragmáticas a respeito do caráter moralmente repulsivo desse tipo de entretenimento. O *peep show* violaria a cláusula dos bons costumes, de acordo com a nova decisão, por ir de encontro ao senso moral médio da sociedade.

Tem-se, com isso, uma fundamentação de viés moralista que, assim como a da decisão anterior, não está livre de problemas. Conceitos jurídicos indeterminados, categoria na qual está incluída a cláusula dos bons costumes, são úteis para flexibilizar a aplicação do direito, mas carregam também o perigo de que juízos morais muitas vezes questionáveis acabem por restringir direitos fundamentais.[53] No caso sob análise, talvez a pergunta a fazer não diga respeito, pura e simplesmente, à reprovação do *peep show* pelo senso moral médio da sociedade; o correto seria perguntar se essa atividade pode ser considerada inaceitável a ponto de exigir uma proibição jurídica. Afinal de contas, se a prostituição é imoral, mas tolerada, por que o *peep show* também não o seria?

É importante observar, ainda, que um dos fundamentos centrais da decisão gira ao redor da semelhança entre a prostituição e o *peep show*, no sentido de que ambas as atividades representariam uma ofensa aos bons costumes. Essa decisão é de 1990; contudo, em 2002, apenas 12 anos depois, sobreveio a regulamentação, por lei, da prostituição na Alemanha.[54] Esse fato permite concluir que, naquele

---

52 BVerwGE 84, 314.

53 Hartmut Maurer salienta que "a interpretação (abstrata) dos conceitos jurídicos indeterminados e, sobretudo, sua aplicação no caso concreto podem preparar dificuldades consideráveis. [...] O problema do conceito jurídico indeterminado situa-se no âmbito do conhecimento. A aplicação desses conceitos no caso particular requer uma valoração e, muitas vezes, também uma prognose no futuro; isso, outra vez, somente é possível quando, em parte, pontos de vista muito diferentes são considerados, avaliados e ponderados reciprocamente." (MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 153-154.)

54 A Lei de Prostituição alemã entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, tendo por escopo melhorar as condições de trabalho das prostitutas e integrar as profissionais do sexo ao sistema de seguridade social, além de auxiliar no combate a atividades ilícitas (como o tráfico de pessoas e a prostituição infantil) e conferir assistência às profissionais que desejem abandonar essa atividade. (BETTIM, Danielle Antpack. *A possibilidade da regulamentação da prostituição no Brasil à luz do Direito alemão*. 2015. 121 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 14.) Essa lei continha apenas três parágrafos, aos quais foi conferida a seguinte redação: "§ 1 Foram reali-

país, a maioria dos cidadãos, corporificada por seus representantes no Parlamento Federal, não entende a prostituição como uma atividade tão imoral que não mereça um tratamento jurídico adequado. Com isso, a própria fundamentação da decisão acerca do *peep show* acaba tornando-se problemática, já que ela estabelece uma conexão íntima entre essa atividade e a da prostituição.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais (e, portanto, dos objetivos deste estudo), a segunda decisão acerca do *peep show* é vazia e não desperta nenhum interesse substancial. A decisão anterior, contudo, ao constatar a existência de uma violação à dignidade humana da mulher nesse tipo de atividade, mostra-se extremamente interessante não apenas em face das reflexões que foram levadas a cabo anteriormente,[55] mas também com relação a um ponto não abordado até o momento. Mesmo que se admita como correta a fundamentação adotada naquela decisão, não poderia a atriz simplesmente renunciar a seu direito fundamental, e, assim, continuar desempenhando essa atividade? Abre-se, com isso, o tema concernente à possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, que será tratado na próxima seção.

---

zadas atuações sexuais em troca de uma remuneração antes convencionada, então essa convenção funda uma exigência eficaz juridicamente. O mesmo vale quando uma pessoa, especialmente no quadro de uma relação de trabalho, para a produção de tais atuações, mantém-se à disposição, por uma determinada duração de tempo, em troca de uma remuneração antes convencionada. § 2 Essa exigência não pode ser cedida e somente ser feita valer em nome próprio. Contra uma exigência, segundo o parágrafo 1, frase 1, somente pode ser objetado o não cumprimento completo, contra uma exigência, segundo o parágrafo 1, frase 2, também o parcial, à medida que ele concerne à duração de tempo convencionada. Com exceção da objeção de cumprimento, segundo o parágrafo 362, do Código Civil, e da exceção de prescrição, outras objeções e exceções estão excluídas. § 3 Entre prostitutas, o direito de dar instruções limitado, no quadro de uma atividade dependente, não se opõe à aceitação de um trabalho no sentido do direito de seguro social". No original: „*§ 1 Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält.§ 2 Die Forderung kann nicht abgetreten und nur im eigenen Namen geltend gemacht werden. Gegen eine Forderung gemäß § 1 Satz 1 kann nur die vollständige, gegen eine Forderung nach § 1 Satz 2 auch die teilweise Nichterfüllung, soweit sie die vereinbarte Zeitdauer betrifft, eingewendet werden. Mit Ausnahme des Erfüllungseinwandes gemäß des § 362 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Einrede der Verjährung sind weitere Einwendungen und Einreden ausgeschlossen. § 3 Bei Prostituierten steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegen*". A referida lei, contudo, foi revogada no ano de 2016, tendo sido substituída pela Lei de Proteção às Prostitutas, que contém uma regulamentação mais detalhada da matéria. Sobre o teor da nova lei (ainda em forma de projeto), ver BETTIM, Danielle Antpack. *A possibilidade da regulamentação da prostituição no Brasil à luz do Direito alemão*. 2015. 121 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 46-49.

55 Ver item "A primeira decisão acerca do *peep show*...", *supra*.

A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Colocação da questão

Conforme aventado na seção anterior, se fosse admitida a possibilidade de a performista de *peep show* abdicar de direito fundamental de sua titularidade, então ela estaria apta a desenvolver a atividade plenamente. Contudo, o grande problema que se coloca é o de que a doutrina tradicional do direito público entende, predominantemente, que os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Nesse sentido, José Afonso da Silva assinala que "não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados".[56]

No âmbito do direito privado, uma posição análoga da doutrina pode ser verificada a respeito dos chamados "direitos de personalidade", que estão fortemente ligados à noção de dignidade humana.[57] Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, ensina que:

> Os direitos de personalidade são irrenunciáveis. Há outros direitos a que se não pode renunciar, tais como aqueles direitos a cujo titular incumbem deveres, de igual ou de maior monta (e. g. direitos de famílias). A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em consequência, qual seja.[58]

---

[56] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181.

[57] Acerca dos direitos de personalidade e de sua relação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, veja-se a lição de Francisco Amaral: "Direitos de personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos. A tutela jurídica dos direitos da personalidade [...] é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no art. 1º, III, da Constituição brasileira, o da dignidade da pessoa humana. Significa este princípio, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito e, como tal, a eles preexistente." (AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247-248.) Um pouco mais adiante, o referido autor salienta: "Por disciplinarem matéria de natureza privada, como são os direitos subjetivos e a personalidade, e por terem guarida no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional." (AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 249.)

[58] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado:* parte especial. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. VII. p. 62.

Assim, de acordo com a mencionada posição doutrinária, dever-se-ia encerrar a discussão aqui. Contudo, não seria questionável tal entendimento?

Para proceder a tal análise, esta seção trará, em um primeiro momento, outros exemplos de casos emblemáticos que envolvem a questão da renúncia a direitos fundamentais.[59] Em um segundo momento, procurar-se-á analisar o problema do ponto de vista doutrinário, à luz da teoria da ponderação.

Para além do *peep show*: casos difíceis

É extremamente útil para a compreensão adequada do problema aqui tratado a menção a casos relevantes que, assim como o *peep show*, dizem respeito ao interesse do titular de um direito fundamental em dispor desse direito, de forma a decidir sobre a conformação de determinado aspecto de sua própria existência. A seguir, far-se-á alusão ao caso Laskey, Jaggard e Brown *vs.* Reino Unido e ao caso do lançamento de anões.

No caso Laskey, Jaggard e Brown *vs.* Reino Unido, os réus foram condenados pela prática de atos sadomasoquistas entre adultos. Demonstrou-se, todavia, que havia ocorrido o consentimento para a prática dos atos pelas partes envolvidas, bem como o fato de que os referidos atos não haviam causado lesões sérias permanentes, embora tivessem o potencial de causá-las. Em recurso endereçado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, este ratificou a decisão emanada pelas autoridades judiciárias do Reino Unido, sob o argumento de que "a acusação e a condenação dos recorrentes seriam necessárias numa sociedade democrática para a proteção da saúde, nos termos do nº 2 do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos".[60]

Em face disso, um questionamento que se coloca é se tal decisão não constituiria exacerbado "paternalismo estatal", uma vez que o Poder Judiciário estaria sancionando e, por consequência, proibindo condutas praticadas na esfera íntima do cidadão. Nesse sentido, torna-se questionável a validade de um juízo de valor emanado pelo Judiciário que venha a sancionar as condutas que não sejam danosas a terceiros e que, ao mesmo tempo, digam respeito tão somente aos indivíduos que assentem com a concretização dessas ações. Esse caso apresenta nítidos paralelos com o caso do *peep show*, na medida em que ambos levantam a discussão acerca de uma determinada forma de exercício da sexualidade.

Por sua vez, no que tange ao caso do lançamento de anões, oriundo da jurisprudência francesa, cumpre dizer que havia uma casa de espetáculos que oferecia, entre suas atrações de entretenimento, o lançamento de anões, que,

---

[59] Embora, evidentemente, dispensando a eles um tratamento menos analítico que o conferido ao *peep show*, o caso que ocupa o centro do presente estudo.

[60] MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

protegidos por indumentária de futebol, seriam jogados sobre um tapete pneumático, de modo que o vencedor do jogo seria aquele que lançasse o anão em distância maior do que a dos demais concorrentes. Todavia, em 1991, dois municípios franceses proibiram a atividade, baseando-se, para tanto, em uma suposta violação à dignidade humana.[61]

Irresignado, o Sr. Wackenheim, cujo emprego era o de participar como "objeto de lançamento" nesse tipo de jogo, insurgiu-se em face de tal vedação, alegando que recebia uma boa remuneração para desempenhar o seu ofício. Embora dois tribunais administrativos tivessem sido favoráveis ao seu pleito, o Conselho de Estado francês cassou a decisão, estabelecendo que a atividade seria contrária à ordem pública em virtude de violação à dignidade das pessoas portadoras de nanismo.[62]

O Sr. Wackenheim recorreu da decisão, alegando que enfrentava discriminação quanto a seus direitos trabalhistas. Em 1996, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu rejeitar o seu recurso, afirmando a ocorrência de violação à dignidade humana do recorrente e negando a existência de qualquer discriminação dirigida à sua pessoa.[63]

Assim, observa-se que tanto o caso do *peep show* quanto o do lançamento de anões versam sobre situações em que o particular é impedido de exercer alguma atividade profissional tida como ilícita em função de alegada violação ao princípio da dignidade humana. Dito de outra forma, a proibição de *peep shows* se fundamenta na suposta violação da dignidade das mulheres, enquanto a vedação de espetáculos de lançamento de anões lesaria a dignidade dos portadores de nanismo.[64]

Registre-se que, embora todas as decisões mencionadas até aqui sejam provenientes de tribunais europeus, a problemática retratada neste estudo é de grande interesse também para o Brasil. Se a vigente Constituição brasileira traz, por um lado, o princípio da dignidade humana como uma das bases da ordem constitucional,[65] e, por outro, garante o direito fundamental ao livre exercício

---

61 MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 271.

62 MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 271.

63 MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 272.

64 MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 272.

65 Veja-se o que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana".

profissional,[66] deveria (ou mesmo poderia) o Estado restringir a autonomia privada[67] do particular para defendê-lo de si mesmo, como se este fosse incapaz de determinar para si o seu projeto de vida? Poderia, em contrapartida, o indivíduo dispor de direitos fundamentais de sua titularidade? O próximo item traz uma resposta a esses questionamentos.

Renúncia a direitos fundamentais, proporcionalidade e ponderação

Segundo Benedita Mac Crorie, tendo em vista que a autonomia do indivíduo assume um papel fundamental no Estado de Direito, não se mostra razoável condicionar o exercício dos direitos fundamentais por fins supraindividuais que devessem sempre prevalecer. Desse modo, o poder de dispor sobre os direitos fundamentais funda-se no conteúdo de dignidade e autonomia presente em cada um desses direitos. Consequentemente, tem-se que, ao contrário do que sustenta a doutrina dominante, a renúncia a direitos fundamentais é admissível, ainda que sujeita a condições e limites.[68]

Pressuposto para a renúncia é a existência de uma declaração de vontade livre, esclarecida, isenta de erro e inequívoca. Por isso, resta imprescindível garantir que esta não se encontre condicionada por qualquer tipo de coação, seja de ordem física, moral ou econômica.[69-70]

---

66 Isso pode ser encontrado no artigo 5º, inciso XIII da Constituição: "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: [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

67 A "autonomia privada" pode ser traduzida nas escolhas feitas pelos particulares que produzem efeitos jurídicos. Assim, ela abrange a possibilidade de livre conformação das relações jurídicas entre as partes, de modo a permitir a celebração de contratos ou, mais genericamente, de negócios jurídicos, quer o exercício ou não exercício de um direito. Portanto, pode-se dizer que a autonomia privada corresponde a uma área de licitude, ou a um espaço de liberdade, dentro do qual os particulares dispõem da possibilidade de praticar os atos que entenderem pertinentes. (CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. *passim*.)

68 MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

69 MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

70 Nesse sentido, Fernanda Cantali entende que a "plena realização de um direito fundamental da personalidade inclui a possibilidade de o titular dele dispor, mesmo que este ato importe em restrição do direito, já que tal restrição é a expressão do direito de autodeterminação pessoal, o qual, além de ser fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade, é uma das dimensões da própria dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o poder de disposição é o pressuposto para a renúncia e para a limitação. Se é possível dispor, é possível limitar o exercício ou até renunciar ao direito em si, desde que a restrição seja voluntária, objeto de

Como consectário lógico disso, conclui-se que a renúncia deve ser de livre revogação (em que pese seja possível o surgimento da obrigação de indenizar os prejuízos causados). Contudo, há direitos que, devido a sua natureza, não comportam a livre revogabilidade, já que envolvem necessariamente uma renúncia definitiva.[71]

De outra sorte, a limitação do poder de renúncia enseja uma restrição ao exercício de direitos, já que o poder de renúncia funda-se na dignidade e na autonomia presentes nos direitos fundamentais, pelo que só poderá efetivamente ocorrer se houver outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição e na estrita medida do necessário para a garantia desses outros direitos ou interesses.[72]

Nesse sentido, questiona-se a intervenção estatal nos casos que não envolvem direitos da comunidade, mas nos quais se pretende proteger o titular do direito fundamental, ainda que contra a sua vontade, supostamente "para o seu próprio bem". Nesse âmbito, surge a ideia de "paternalismo estatal", configurando-se como paternalistas as medidas que limitam ou excluem a liberdade de escolha do indivíduo, em virtude do entendimento de que este poderá realizar atos que contrariam os seus próprios interesses.[73]

Para Mac Crorie, somente são legítimas as medidas de caráter paternalista sobre indivíduos capazes quando a renúncia possa colidir com as possibilidades de "autodeterminação futura" da pessoa. Nesse diapasão, justifica-se uma abordagem paternalista quando o titular de direitos for menor de idade, incapaz de se autodeterminar ou encontrar-se em estado de fragilidade. Nesses casos, é indispensável a observância do princípio da proporcionalidade para que se efetive a restrição ao direito fundamental.[74]

E, no que diz respeito especificamente ao princípio da proporcionalidade, é necessário salientar que esse princípio determina a ação do Estado quando visa à restrição do poder de disposição do titular do direito, o que só poderá acontecer no caso de haver outros direitos ou interesses com proteção constitucional e que, na situação concreta, devam preponderar sobre o poder de renúncia.[75]

---

consentimento livre e esclarecido." (CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade:* disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 256.)

71 MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Coimbra: Almedina, 2013. *passim.*

72 MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Coimbra: Almedina, 2013. *passim.*

73 MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Coimbra: Almedina, 2013. *passim.*

74 MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Coimbra: Almedina, 2013. *passim.*

75 MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Coimbra: Almedina, 2013. *passim.*

Com isso, resta claro que a renúncia a direitos fundamentais deve ser entendida como uma questão de ponderação. Como objeto do terceiro princípio parcial da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito,[76] a ponderação determina que os princípios colidentes sejam postos em uma relação tal que, quanto maior for o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.[77] Esse é o grande axioma a respeito das colisões de direitos fundamentais (enquanto normas de natureza principiológica e, portanto, carecedoras de otimização),[78] indispensável para o tratamento racional das questões que se colocam no âmbito da interpretação e da aplicação desses direitos.

A ponderação, como procedimento de solução de colisões entre princípios, tem por finalidade estabelecer uma relação de precedência condicionada, cuja configuração depende das circunstâncias do caso concreto. A "lei de colisão" traduz essa ideia ao dizer que as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro formam o tipo de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalecente.[79]

São extremamente vívidas as discussões ao redor da teoria da ponderação, especialmente no que tange à capacidade de tal modelo teórico para assegurar uma aplicação racional dos princípios. Pode-se, contudo, afirmar com segurança a racionalidade de um "modelo de fundamentação", que promove o enlace entre o procedimento da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional. O modelo oposto, um "modelo de decisão", certamente não é capaz de garantir qualquer racionalidade, pois pressupõe que a ponderação seja efetuada exclusivamente com base nas inclinações subjetivas daquele que decide; em uma ponderação corretamente efetuada, contudo, não é disso que se trata. O modelo de fundamentação não está certamente em condições de fornecer um procedimento de ponderação que leve, em todos os casos, a um único resultado possível, mas é capaz de estruturar racionalmente a argumentação, ao determinar aquilo que, a cada vez, deve ser fundamentado. Da união entre ponderação e argumentação resulta a possibilidade de um controle intersubjetivo das decisões, ou seja, essa união é uma garantia de racionalidade.[80]

---

[76] Idoneidade e necessidade, os dois primeiros princípios parciais da proporcionalidade, não serão trabalhados aqui. Para a relação que eles mantêm com a teoria dos princípios, ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100-103.

[77] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *In:* _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.

[78] Sobre o conceito de princípio como mandamento de otimização, ver item "A dignidade humana sob o prisma jurídico...", *supra*.

[79] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 80-84.

[80] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 144-152.

Tal racionalidade é indispensável para que, na abordagem do problema da renúncia a direitos fundamentais, seja possível levar o particular efetivamente a sério, respeitando-o e protegendo-o no exercício de sua liberdade e autonomia. Como demonstrado na exposição da primeira decisão sobre o *peep show*,[81] "ponderar" significa, nesse contexto, pôr em relação direitos fundamentais colidentes do mesmo titular, de modo a permitir que a delicada questão dos limites da autonomia do indivíduo encontre a resposta mais racional possível do ponto de vista jurídico-fundamental.

CONCLUSÃO

Na primeira decisão acerca do *peep show*, o Tribunal Administrativo Federal entendeu como ilícita essa modalidade de entretenimento erótico, na medida em que ela representaria uma violação à dignidade humana da performista. Na segunda decisão sobre o tema, o mesmo tribunal manteve o seu entendimento pela ilicitude desse tipo de atividade, mas com fundamento diverso, qual seja, o de que ela iria de encontro ao senso moral médio da sociedade e, assim, feriria a cláusula dos bons costumes.

Ambas as decisões foram, neste estudo, objeto de análise. Quanto à primeira, chegou-se à conclusão de que a fundamentação do julgado era insuficiente. No plano jurídico, deveria ter havido uma ponderação entre a dignidade humana da performista e outros direitos fundamentais de sua titularidade que entravam em jogo. No plano filosófico, a decisão não respeitou o conteúdo de autonomia encerrado na ideia de dignidade humana. Quanto à segunda decisão, foram levantados os problemas inerentes a uma fundamentação de cunho moralista, na medida em que o tribunal nitidamente valeu-se de um juízo moral subjetivo, carecedor de um embasamento sólido, para proibir o *peep show*.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, a primeira decisão acerca do *peep show* revela um extraordinário interesse, pois ela levanta uma das mais debatidas questões no campo da dogmática jurídico-fundamental: a da possibilidade de renúncia a um direito fundamental, a partir do interesse do próprio titular desse direito. Com base no conteúdo aqui desenvolvido, pode-se dizer que, embora se trate de tema a respeito do qual reina grande controvérsia, a renúncia a direitos fundamentais é, sob certas condições, possível.

Em última análise, trata-se, como exposto nos comentários à primeira decisão acerca do *peep show*, de uma questão de ponderação. Do ponto de vista analítico, a renúncia a direitos fundamentais pode ser entendida sob a forma da colisão de princípios: dois ou mais direitos fundamentais do mesmo titular colidindo entre

---

[81] Ver item "A dignidade humana sob o prisma jurídico: sua posição na Lei Fundamental", *supra*.

si, a exigir o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles. Dizer que o particular renuncia, em um dado caso, a seu direito fundamental equivale a dizer que outros direitos fundamentais que colidem com aquele, os quais são igualmente de titularidade do particular, recebem concretamente a primazia. O resultado dessa ponderação depende das circunstâncias do caso concreto. Para garantir a racionalidade dessas decisões, o instrumental teórico fornecido pela teoria dos princípios de Robert Alexy é imprescindível.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos acadêmicos

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *In:* _____. *Constitucionalismo discursivo.* Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico e razão prática. *In:* _____. *Direito, razão, discurso:* Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENDA, Ernst. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. *In:* BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin; New York: De Gruyter, 1994.

BETTIM, Danielle Antpack. *A possibilidade da regulamentação da prostituição no Brasil à luz do Direito alemão*. 2015. 121 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade:* disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. [Livro Digital]

HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft. *In:* ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. II. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ISENSEE, Josef. Würde des Menschen. *In:* MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (hrsg.). *Handbuch der Grundrechte*. Bd. IV. Heidelberg: C. F. Müller, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009.

KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten:* Teil 1. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998.

KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten:* Teil 2. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre. Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1990.

MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. [Livro Digital]

MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe, *ERCL (European Review of Contract Law),* v. 2, n. 2, 2006.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. VII.

MISES, Ludwig von. *Economic policy:* thoughts for today and tomorrow. 3. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental. *In:* HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Legislação e jurisprudência

ALEMANHA. Bundesverwaltungsgericht. BVerwGE 64, 274 (1981).

ALEMANHA. Bundesverwaltungsgericht. BVerwGE 84, 314 (1990).

ALEMANHA. Gewerbeordnung. Gewerbeordnung (1869).

ALEMANHA. Grundgesetz. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949).

ALEMANHA. Prostitutionsgesetz. Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (2002).

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Artigos de jornais e revistas

Peep-Show: Dr. Mabuse Spricht. *Der Spiegel*. 15 mar. 1982. Disponível em: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-14335841.html>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Sex in den Siebzigern: Backstage bei der Peepshow. *Spiegel Online*. 20 jan. 2009. Disponível em: <http://www.spiegel.de/einestages/sex-in-den-siebzigern-a-949717.html>. Acesso em: 14 dez. 2017.

„Von Schweinwerfern Angestrahlt...“: Warum das Bundesverwaltungsgericht Peep-Shows für Sittenwidrig Hält. *Die Zeit*. 26. Fev. 1982. Disponível em: <http://www.zeit.de/1982/09/von-schweinwerfern-angestrahlt/komplettansicht>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Data de recebimento: 13/06/2018

Data de aprovação: 23/07/2018

SERENDIPIDADE E LIVRE-ARBÍTRIO NA ERA DA INFORMAÇÃO DIGITAL

SERENDIPITY AND SELF-DETERMINATION IN THE ERA OF DIGITAL INFORMATION

Charles Emmanuel Parchen*
Cinthia O. A. Freitas**
Antônio Carlos Efing***

RESUMO

O artigo aborda a sociedade tecnológica inserida no contexto da cultura de massas, portanto, dos filtros e bolhas informacionais. Pelo método indutivo, apresenta um dos principais problemas relacionados ao direito e à tecnologia, que é a perda do livre-arbítrio informacional, já que os produtos e serviços baseados na Internet expropriam a informação com base nas cláusulas contratuais aderidas pelo usuário, para filtrá-la, catalogá-la e vendê-la a terceiros, fomentando, assim, um mercado altamente lucrativo. Deste contexto, a informação que é disponibilizada ao usuário nunca é integral nem plena: é aquela que o fornecedor quer fazer acreditar como sendo a melhor, geralmente objeto de publicidade e direcionamento. Assim, o resgate da serendipidade, sua aplicação e efetivação na sociedade tecnológica seria uma benéfica forma de romper com o malefício do determinismo informacional, robustecendo a independência e livre determinação do usuário rumo ao desenvolvimento sustentável que também se preconiza no ambiente digital.

* Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito Processual Civil pela PUCPR e em Direito Privado pela Universidade Gama Filho-RJ. Advogado. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba-Paraná. Professor do curso de Direito das Faculdades Santa Cruz de Curitiba-Paraná. E-mail: charlesadv@gmail.com.

** Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) para os cursos de Ciência da Computação e Direito (Módulo Temático: Perícias e Laudos Técnicos). Professora Permanente dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e em Informática (PPGIa) da mesma instituição. E-mail: cinthia@ppgia.pucpr.br.

*** Doutor pela PUC-SP. Professor Titular na Graduação, Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC-PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado. E-mail: ace@eradv.com.br.

Palavras-chave: Serendipidade; Livre-arbítrio; Era da informação; Sociedades; Novas tecnologias.

ABSTRACT

The paper addresses the current technological society inserted into the context of mass culture, therefore, the informational filters and bubbles. Through the inductive method, one of the main problems related to law and technology is presented, which is the loss of informational free will, since products and services on the Internet expropriate the information based on the contractual clauses adhered by the consumer, in order to filter, catalog and sell it to third parties, fostering, thus, a highly profitable market. In this scenario, the information available to the user is never integral or full, but it is the one the vendor wants to make the consumer believe to be the best, usually subject to publicity and targeting. Thereby, the rescue of serendipity, its implementation and realization in the technological society would be a beneficial way of breaking the harm of informational determinism, strengthening the independency and free determination of the user towards the sustainable development, which is also proposed in the digital environment.

Keywords: Serendipity; Self-determination; The information age; Societies; New technologies.

INTRODUÇÃO

A observação da sociedade tecnológica mostra que atualmente se vive o contexto da cultura de massas, dos filtros e das bolhas informacionais[1]. Nenhuma informação é disponibilizada ao consumidor sem que tenha sido padronizada, homogeneizada, catalogada e filtrada, pois o direcionamento do conteúdo informacional é a tônica atualmente vigente.

Tudo isso tem um propósito: fomentar o lucrativo mercado da compra e venda dos hábitos, gostos e preferências dos consumidores. A informação detém alto valor econômico, servindo como verdadeira *commodity* no mercado capitalista: "A informação passou a ser objeto de valoração tal qual uma mercadoria, diga-se de passagem, bastante cara e valiosa, onde cada vez mais a luta pelo poder é a capacidade de domínio da informação e a manipulação desta"[2].

Com a filtragem da informação e sua segmentação, ocorre de um nefasto e silencioso efeito: a perda ou incapacidade de se exercer a serendipidade. E com o

---

1 Por necessidade de um corte epistemológico, não constitui objeto do presente artigo abordar o conceito nem o que são as bolhas informacionais. Nesse sentido, *vide* PARISER, Eli. *O filtro invisível:* o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

2 PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia O. A.; EFING, Antônio Carlos. Computação em nuvem e aspectos jurídicos da segurança da informação. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 13, n. 1, jan./jun. 2013. p. 342.

esvaziamento desta, por consequência, escoa-se, sob os auspícios do lucro desenfreado, um dos maiores patrimônios fundamentais do consumidor: seu livre-arbítrio informacional, ou seja, sua capacidade consentida, mas ponderada e internalizada de decidir com liberdade plena o que, quando, de que forma e onde acessar informação, bem como em que quantidade, proporção, qualidade e preço.

A falta do livre-arbítrio informacional, por sua vez, tem o condão de empobrecer o conhecimento, obliterar o ponto de vista holístico, ocasionar a falta de diálogo, exacerbar o desrespeito à diversidade, pluralidade e fraternidade, enaltecer preconceitos e fomentar a raiva, o ódio, o radicalismo e a segmentação, tudo porque a informação padronizada que é disponibilizada gera um discurso monista incapaz de trabalhar sob a perspectiva da dialética e da alteridade.

Falsas expectativas criadas, ocorrência de crimes virtuais, exposição da vida privada e perda da privacidade e intimidade, criação de falsas demandas consumidoras e fomento ao consumo não sustentável, discursos de ódio, preconceito e *bullying* são apenas alguns dos muitos maus exemplos que a padronização da informação é capaz de gerar. Os operadores do Direito, especialmente aqueles envolvidos com o direito civil, não podem descuidar de tais aspectos, tão importantes para a sociedade contemporânea, na medida em que os nefastos efeitos acima exemplificados se espalham por toda a sociedade na velocidade da Internet banda larga. Desta forma, urge a necessidade de subsunção das normas de direito civil e de suas interpretações aos casos concretos.

O presente artigo tem por escopo analisar o que é serendipidade, os efeitos da ausência desta diante do mundo dos filtros e bolhas informacionais, e, por meio de método indutivo, sugerir o uso da serendipidade como mecanismo de combate ao atual monismo informacional que se vivencia na sociedade contemporânea. Além disto, visa propor que as tecnologias de informação e comunicação (TIC) possuam uma forma de garantir a ocorrência ou uso da serendipidade, visto que esta é uma viável solução para se resgatar o necessário livre-arbítrio informacional do consumidor que o levará ao progresso e à evolução com conhecimento, razoabilidade, discernimento, mas, principalmente, sustentabilidade.

SEGMENTAÇÃO DA INFORMAÇÃO E MINERAÇÃO DE DADOS

Desde o advento da Internet, nunca se produziu e se armazenou tanta informação quanto agora. Apenas para exemplificar, segundo relatório da empresa de soluções em Internet Cisco, o tráfego anual global de informação passará de 1 zettabyte[3] ao final do ano de 2016 e alcançará 2 zettabytes por ano a partir de 2019[4], e, para a análise efetuada pela consultoria privada em Internet EMC, o

---

[3] A unidade do zettabyte equivale a 10^{21} bytes, ou ainda, a 1.099,511,627,776 gigabytes.

[4] Disponível em: http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/VNI_Hyperconnectivity_WP.html. Acesso em: 20 dez. 2018.

número total do tráfego de informações no universo digital alcançará, no ano de 2020, o total de 44 zettabytes[5].

Toda essa informação necessita ser capturada, mas principalmente disponibilizada de forma fácil para possibilitar seu acesso instantâneo. Neste contexto, o *Big Data*[6] se torna tão necessário em meio a um mar de informações que diariamente trafegam na Internet.

A catalogação de dados digitais que formam o *Big Data* é fomentada, entre outras coisas, pelo chamado *data mining* (mineração de dados), em que a Internet das coisas (IoT), a *cloud computing* (nuvem computacional[7]) e, ainda, os aplicativos tais como Facebook e WhatsApp, são seus maiores expoentes. A mineração de dados é uma prática de empresas que prestam serviços baseados na Internet, consistente na coleta ou "extração" das informações geradas pelo consumidor para sua posterior revenda a terceiros, que oferecerão publicidade direcionada e segmentada.

A mineração dos dados é atividade crescente e insidiosa na sociedade da era digital e, por essa razão, produtos e serviços baseados na Internet, em sua maioria, costumam adotar o modelo *freemium*[8] de negócios. Contudo, só assim o fazem porque suas cláusulas contratuais exigem que o consumidor "entregue" sua informação privada e pessoal ao fornecedor para que este possa revendê-la a parceiros comerciais que, por sua vez, direcionarão publicidade na tentativa de persuadir o consumo[9].

---

5 *EMC Digital Universe with Research & Analysis by IDC*. The digital universe of opportunities: rich data and the increasing value of the internet of things. Disponível em: https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/executive-summary.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

6 "Os dados das redes sociais online podem ser usados para extrair informações sobre padrões de interações interpessoais e opiniões. Esses dados podem auxiliar no entendimento de fenômenos, na previsão de um evento ou na tomada de decisões. Com a ampla adoção dessas redes, esses dados aumentaram em volume, variedade e precisam de processamento rápido, exigindo, por esse motivo, que novas abordagens no tratamento sejam empregadas. Aos dados que possuem tais características (volume, variedade e necessidade de velocidade em seu tratamento), chamamo-los de *Big Data*" (FRANÇA, Tiago Cruz *et al*. *Big social data:* princípios sobre coleta, tratamento e análise de dados sociais. Artigo publicado nos anais do XXIX Simpósio Brasileiro de Banco de Dados (SBBD) 2014. Curitiba. 2014, p. 8. Disponível em: http://www.inf.ufpr.br/sbbd-sbsc2014/sbbd/proceedings/artigos/pdfs/127.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018).

7 Não é objetivo do presente artigo abordar a chamada nuvem computacional. Para mais informações, *vide*: PARCHEN, Charles Emmanuel *et al*. Computação em nuvem e aspectos jurídicos da segurança da informação. *Revista Jurídica Cesumar*. Disponível em: http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2705/1905. Acesso em: 20 dez. 2018.

8 Ou seja, o produto ou serviço é oferecido "gratuitamente" ao consumidor, que adquire, ao assinar as cláusulas contratuais, uma licença de uso que perdura até a extinção do serviço, seja pelo distrato, pela resilição ou resolução unilateral. Nenhum valor pecuniário é cobrado do consumidor por tal licença. Para mais informações, *vide*: ANDERSON, Chris. *Free:* grátis – o futuro dos preços. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

9 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne; BATIMARCHI, Paulo Henrique. O modelo econômico do grátis na internet e o direito de autor: o caso K-Lite Nitro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 69, 2015. p. 42.

A possibilidade de transformação do dado bruto em informação catalogada, indexada, "limpa" e prontamente acessível faz gerar um mercado altamente lucrativo baseado na expropriação indevida, que, por sua vez, alimenta a mineração de dados, haja vista a necessidade de uma busca cada vez maior das preferências pessoais do consumidor.

Assim, as informações privadas e confidenciais deste servirão, então, para a oferta de publicidade dirigida às suas supostas necessidades. Trata-se de um verdadeiro mecanismo de retroalimentação que funciona ininterruptamente e parece não ter fim: o dado "bruto" é continuamente espoliado, filtrado, burilado, catalogado, indexado e vendido.

Com isso, nova publicidade é gerada, e nova mineração de dados é demandada. Logo, os desenvolvedores aproveitam essa "nova onda" do mercado e criam produtos e serviços voltados apenas à expropriação da informação, em que se criam novas necessidades consumistas, mas não necessariamente benéficas aos consumidores. O ciclo se robustece porque há a perfeita subsunção dos produtos e serviços altamente direcionados e homogêneos ao conforto e comodidade que tanto caracterizam a era hedonista que atualmente se vivencia quando o assunto é consumo[10].

A personalização acaba encontrando guarida no fato de que o consumidor busca incessantemente o prazer e o conforto: "A verdade é que, a partir dos anos 1950-1960, ter acesso a um modo de vida mais fácil e mais confortável, mais livre e mais hedonista constituía já uma motivação muito importante dos consumidores"[11].

A lógica da segmentação e personalização é evidente: para que se possa oferecer publicidade dirigida e sedutora, é necessário suprimir o espaço para dados brutos ou genéricos que nada ou pouco revelem sobre as preferências de consumo[12]. Como dito, o processo de agregação de valor à informação é um trabalho altamente especializado que acaba por torná-la muito valorizada e economicamente relevante.

Produtos e serviços baseados em Internet e em nuvem computacional, tais como o Facebook e WhatsApp, são *cases* de sucesso porque, sob os auspícios do conforto e facilidade de acesso a inúmeros serviços, tais como agenda de

---

10 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal:* ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 42.

11 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal:* ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 39.

12 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. *In:* ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando (org.). III Encontro de Internacionalização do Conpedi/Universidad Complutense de Madrid. 1. ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. 9, p. 94.

eventos, localização de contatos, visualização de fotos e compartilhamento instantâneo de informações, acabam se moldando com perfeição à vaidade e à natural preguiça humana, proporcionando sensações de prazer, acolhimento e aconchego que não se encontram facilmente no mundo físico ou "não digital".

Ocorre que o preço a se pagar por esta prestação de serviços ágil e fácil é a informação pessoal do consumidor que, após seu tratamento e filtragem, é vendida a parceiros comerciais que, por sua vez, compram espaços em *sites* e redes sociais para dirigir publicidade segmentada visando ao consumo.

Em grande parte, a explicação para esse mecanismo pode ser encontrada no fato de que se vivencia atualmente a cultura de massas e o hiperconsumo caracterizado por ampliar a mercantilização e levá-la a novos patamares, pois "As indústrias e os serviços agora empregam lógicas de opção, estratégias de personalização dos produtos e preços, a grande distribuição empenha-se em políticas de diferenciação e de segmentação [...]"[13].

A incidência e inovação do consumo na era da Internet são tão grandes que novas categorias de comércio são cunhadas, como as que se conhece por *m-commerce*, *f-commerce* ou *s-commerce*, que são formas estritamente baseadas nas redes sociais[14] (mais especificamente o Facebook) e que tem por característica os anúncios segmentados com base na coleta de dados dos consumidores pela via da interação com páginas de perfis de usuários e empresas[15]. A receita global do *social--commerce* do ano de 2011 foi da ordem de 5 bilhões de dólares, saltando para 14 bilhões no ano de 2013, e, em 2015, alcançou o patamar de 30 bilhões de dólares[16].

Logo, embora necessária, a existência do *Big Data* e do seu mecanismo da mineração de dados contribui para que a sociedade da informação esteja inserida no contexto das chamadas bolhas e filtros informacionais.

OS ALGORITMOS DE MINERAÇÃO DE DADOS E O EMPOBRECIMENTO INFORMACIONAL

Os algoritmos computacionais são adventos tecnológicos surpreendentes que vieram trazer facilidade, conforto e segurança à rede mundial de computa-

---

13 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal:* ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 25.

14 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BATISTA, Osvaldo Henrique dos Santos. *Neuromarketing* e as novas modalidades de comércio eletrônico (*m-s-t-f-commerce*) frente ao Código de Defesa do Consumidor. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, 2015, p. 3.

15 PORTO, Camila. *Facebook marketing*. São Paulo: Novatec, 2014. p. 30.

16 THE STATISTICS PORTAL. *Worldwide social commerce revenue from 2011 to 2015 (in billion U.S. dollars)*. Disponível em: http://www.statista.com/statistics/251391/worldwide-social--commerce-revenue-forecast/. Acesso em: 20 dez. 2018.

dores, permitindo que informações importantes sejam, por exemplo, armazenadas em *cache* nos dispositivos eletrônicos pessoais, para, assim, tornar a navegação na *web* muito mais intuitiva, rápida e descomplicada.

Implementados por meio da linguagem de programação, os algoritmos são sequências lógicas de procedimentos utilizados para resolução de problemas[17], logo, têm o potencial de enaltecer o lado nobre e bondoso do ser humano, pois, ao serem programados, são capazes de permitir que uma dada realidade local perniciosa seja alterada para melhor. É o que assevera um relatório do Governo dos Estados Unidos:

> Big data and associated technologies create enormous new opportunities to revisit assumptions and instead make data-driven decisions. Properly harnessed, big data can be a tool for overcoming longstanding bias and rooting out discrimination[18].

Como exemplo do bom uso de linguagens de programação revolucionando a sociedade, pode-se citar o fato de que algumas grandes bancas de advocacia dos Estados Unidos já fazem o uso de *softwares* para confeccionar teses e defesas perante os tribunais[19].

Há estudos que apontam, por exemplo, que os algoritmos serão um grande aliado dos Juízes no momento de dizer ou aplicar o direito, a ponto de algumas publicações veiculadas na mídia se perguntarem se "chegou a hora dos juízes robôs"[20]: para elas, os *softwares* servirão de apoio ou até mesmo de provável substituição do Magistrado no processo de interpretação dos casos complexos que chegam ao Judiciário.

Logo, os algoritmos espelham a realidade em que estão inseridos, servindo para mantê-la, piorá-la ou melhorá-la: "Big data is here to stay; the question is

---

17 MEIRELLES, Fernando de Souza. *Informática:* novas aplicações com microcomputador. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994. p. 588.

18 MUNOZ, Cecília; PATIL, D.J.; SMITH, Megan. *Big risks, big opportunities:* the intersection of big data and civil rights. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/blog/2016/05/04/big-risks-big-opportunities-intersection-big-data-and-civil-rights. Acesso em: 20 dez. 2018.

19 O sistema adquirido pela banca BakerHostetler, dos Estados Unidos, foi denominado "Ross" e consiste em um robô advogado que auxilia nos casos de aplicação da lei de falências. Segundo a publicação, sua função é encontrar, em milhares de documentos, precedentes que reforçarão os casos defendidos pelo escritório, substituindo, dessa forma, a mão de obra de recém-formados que ingressavam na banca. Para mais informações, *vide* matéria do Jornal *Gazeta do Povo*: "Gigante do direito dos EUA agora tem um robô entre seus advogados". Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/gigante-do-direito-dos-eua-agora-tem-um-robo-entre-seus-advogados-83225s51279jsku2mzzibrmv8. Acesso em: 20 dez. 2018.

20 PORTAL EL CONFIDENCIAL. Disponível em: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-07-10/si-la-justicia-es-ciega-ha-llegado-la-hora-de-los-jueces-robot_921576/. Acesso em: 20 jun. 2016.

how it will be used: to advance civil rights and opportunity, or to undermine them"[21]. Mas é importante salientar que, como são conformados por seres humanos, estes dados binários devem necessariamente vir acompanhados de uma garantia de neutralidade informacional que seja efetivamente disponibilizada e usufruída pelo consumidor, e que tal neutralidade possa ser constantemente auditada em torno da aferição e mensuração dessa garantia.

Caso contrário, eles refletirão, sem sombra de dúvidas, as ideologias e preferências políticas daqueles que os programam, podendo, ainda, ser propositadamente elaborados como tendenciosos, maléficos ou seletivos, tudo visando barrar determinados comportamentos ou preferências e exacerbar, assim, preconceitos e discriminações.

Nesse sentido, um estudo do Governo dos Estados Unidos alerta para o uso do *Big Data* para discriminação deliberada: "Powerful algorithms can unlock value in the vast troves of information available to businesses, and can help empower consumers, but also raise the potential of encoding discrimination in automated decisions"[22].

Infelizmente, no contexto tecnológico atual, as linguagens de programação podem implementar soluções voltadas à reiteração de atos potencialmente lesivos e maléficos à sociedade informacional: elas obliteram o acesso à totalidade da informação e a fornecem apenas de forma segmentada e filtrada e, mesmo assim, só aquela que o fornecedor do produto ou serviço deseja que seja disponibilizado, geralmente porque o conteúdo a ser acessado está patrocinado ou sendo pago por uma grande empresa que tem interesse em vender e lucrar.

O fato é que nenhuma pesquisa nos motores de busca (sendo o Google o mais famoso deles) apontará a integralidade e realidade da informação, muito menos oportunizará acesso a todas as opções sobre o assunto pesquisado, e não permitirá ao consumidor o ranqueamento dos resultados apresentados na ordem que ele achar relevante: a prioridade dos conteúdos é toda automatizada e baseada única e exclusivamente no perfil de gostos e preferências anteriormente apresentados naquele dispositivo tecnológico e que foram previamente verificados, extraídos e tabulados pelos algoritmos instalados no *hardware*.

E é justamente por este motivo que nenhuma pesquisa realizada em dois dispositivos diferentes será igual à outra, mesmo que se usem iguais termos e expressões

---

[21] MUNOZ, Cecília; PATIL, D.J.; SMITH, Megan. *Big risks, big opportunities*: the intersection of big data and civil rights. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/blog/2016/05/04/big-risks-big-opportunities-intersection-big-data-and-civil-rights. Acesso em: 20 dez. 2018.

[22] THE WHITE HOUSE. *Big Data:* seizing opportunities, preserving values. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018. p. 45.

de busca. Ademais, os resultados disponibilizados, por sua vez, serão, em sua maioria, patrocinados, ou seja, parciais. E a distinção e proporção entre os conteúdos pagos e aqueles ditos "aleatórios" não são suficientemente claras ao consumidor.

Isto oblitera e diminui o conhecimento: cada vez mais se sabe muito de algo que muitas vezes é irrelevante, fútil ou extremamente filtrado, pormenorizado e especializado, e menos da interessante e intrigante vastidão daquilo que está ao redor desse filtro: fora da "bolha" existe um mundo repleto de informações e oportunidades salutares. Ocorre, portanto, o nefasto empobrecimento cultural e informacional do consumidor.

Um exemplo desta afirmação pode ser verificado nos corretores ortográficos automáticos – tais como os que se encontram no editor de texto Word, ou ainda, em aplicativos como Messenger e WhatsApp –, que retiram do consumidor a possibilidade de conhecimento acerca do erro linguístico, impedindo a exata compreensão e ponderação acerca da correta forma de escrita e acentuação.

Dessa forma, a correção não é internalizada, e o empobrecimento informacional se perpetua na medida em que a salutar educação (que o algoritmo poderia proporcionar se fosse bem programado ou ainda voltado à tal finalidade) acaba não ocorrendo.

De outro lado, a postura contemplativa-preguiçosa em busca dos prazeres hedonistas que geralmente o consumidor apresenta não contribui em nada para a eliminação ou mitigação desse ciclo vicioso. Afinal, por que aprender a forma correta da escrita, já que isso gera muito trabalho e perda de tempo, se há à disposição um prático corretor robotizado dos desacertos? Solução simplista, mas extremamente segura e confortável.

E é assim porque o consumidor perdeu o entusiasmo e o gosto pelo novo. O que são as sugestões de programação, de filmes, músicas e documentários do Spotify, Netflix e do YouTube, por exemplo, senão expoentes do desinteresse e da preguiça informacional?

Nada é novidade no mundo do *Big Data* e dos filtros e bolhas que se vivencia a conformação do *status quo*, que se retroalimenta em torno da manutenção de um poder simbólico e invisível exercido por um punhado de grandes conglomerados internacionais que cultuam o monismo como forma de auferir lucro e, com isso, acaba por aniquilar a fraternidade, a pluralidade e a diversidade. Nesse sentido, assevera Pierre Bourdieu:

> A cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante[23].

---

[23] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2007. p. 11.

Fala-se em simbolismo do poder porque não se pode negar a influência econômica, mas principalmente cultural e informacional de empresas como o Google e Facebook, que ditam modas, tendências, comportamentos, bem como norteiam, ao seu bel-prazer, os rumos que a informação na era digital toma, escolhendo o que é armazenado e disponibilizado, assim como em que qualidade e quantidade.

E este poder simbólico funciona muito bem, na medida em que, como já foi dito, subsume-se perfeitamente à sociedade informacional, que o reconhece e o internaliza. Exemplo desta afirmação é o fato de que se criam míticas e hedonistas adorações em torno de figuras emblemáticas como Mark Zuckerberg ou Steve Jobs, cultuam-se produtos como o iPhone ou um automóvel Ferrari, idolatram-se serviços claramente polêmicos e prejudiciais como os denominados Tinder, Lulu e o recente Pokémon Go, isso sem falar no erro da crença comum de que aquilo que está fora do alcance do motor de busca do Google é porque está "fora do mundo" enquanto informação.

Portanto, a atual sociedade moderna está obliterada do seu livre-arbítrio informacional: a marca e o mercado, com sua velocidade e poder, ultrapassam as barreiras do ético e da moralidade para conformar a hegemonia dominante dos detentores do monopólio da informação:

> Por esta razão, também podemos dizer que o livre-arbítrio está obsediado pela mercadoria, pois tal qual a posse e a propriedade, a mercadoria e seu valor de uso estão entranhados. A ansiedade leva às compras e esta retorna tão logo se compre. O cinismo da coisa toda, no entanto, é imaginar que a satisfação almejada individualmente termine nas sacolas de compras e que isto seja um belo exemplar do *direito individual homogêneo*: a ser vangloriado, defendido heroicamente[24].

Como é marcado pelo determinismo, portanto, o consumidor só passa a se sentir seguro com o uso de ferramentas criadas por terceiros. Este mesmo tipo de solução "pasteurizada" é encontrado em outros produtos culturais, tais como a mídia falada e impressa e seus exemplos da novela, do teatro, da música e da televisão:

> Hoje, a linguagem calcula, designa, trai, inspira o assassinato, ela não exprime nada. A indústria cultural tem seu padrão exato fora de si mesma, ao qual pode se ater como a ciência: o fato. Os astros do cinema são especialistas, suas criações são registros do comportamento natural, classificações de reações; os diretores e escritores produzem modelos para o comportamento adaptado. O trabalho de precisão da indústria

---

[24] CARRILHO, Vinicio. Serendipidade, bricolagem, consiliência: métodos de trabalho e de investigação. *AR – Revista de Derecho Informático*, Peru, 2005, Issue 89. p. 14-15.

> cultural exclui a distorção como um simples erro, como o acaso, o aspecto mau da subjetividade e do natural[25].

Verifica-se, portanto, uma das facetas mais cruéis da atual sociedade da era digital: o consumidor crê fielmente que o que terceiro lhe diz é algo bom, e, com isto, deixa de acreditar em si mesmo e em suas potencialidades e habilidades. Aceita placidamente ser determinado e guiado por aquilo que não domina nem compreende (*vide* as obscuras cláusulas contratuais – a maioria delas, em língua inglesa). Como não sabe, o consumidor passa a agir cegamente, mas com surpreendente confiança plena no invisível, no poder do "oráculo" da vida moderna, que é o Google, já que este é um eterno provedor da facilidade e do conforto das respostas prontas, superficiais e "pasteurizadas". A teoria da confiança, quando o assunto é a sociedade da informação na era digital, portanto, ganha contornos dramáticos!

Vive-se a sociedade "macarrão instantâneo": ela só se preocupa com o resultado pronto e imediato. Não há paciência nem interesse suficiente em apreender os meios pelos quais determinada situação mundana é elaborada. O processo de construção e aprendizado não é assimilado, porque só há atenção ao ruído informacional[26], não com a informação profunda e complexa em si.

E assim, exacerbam-se os complexos de inferioridade e a falta de crença nas próprias capacidades humanas, em que as amarras são atadas mais fortemente, o cárcere é cada vez mais sufocante, e a dependência da segurança e da aprovação alheia é um vício que precisa ser satisfeito a qualquer custo, sob pena de infelicidade, tristeza, dor e angústia.

Afinal de contas, o ser humano é vaidoso[27], e os algoritmos que expropriam a informação são contumazes em explorar essa mazela ou falha social. Não é à toa que o Facebook faz tanto sucesso: ele é a ferramenta da felicidade digital humana baseada no hedonismo e na vaidade.

Logo, vê-se que o mercado capitalista informacional tolhe o acaso, porque este é inimigo do lucro desmedido e da dominação pelo poder invisível trazido

---

[25] ADORNO, Theodor W e HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento:* fragmentos filosóficos. São Paulo: Zahar, 1985. p. 118.

[26] Informação superficial, facetada e simplória que é gerada para amplo acesso e consumo instantâneo e que não demanda raciocínio, ponderação nem maturação de ideias por parte do consumidor.

[27] "No nosso ambiente cultural, as pessoas consideradas importantes são as que conseguem se destacar, chamar a atenção sobre si. O destaque, sabemos, é gerador de um prazer erótico muito valorizado e não são poucas as pessoas que consideram este tipo de conquista como a grande fonte de felicidade. É importante ressaltar que, se isso for verdade, a grande maioria da humanidade está condenada à infelicidade eterna, a arder de inveja e a buscar meios moralmente pouco legítimos para alcançar algum tipo de notoriedade" (GIKOVATE, Flávio. *Vaidade, importância e utilidade*. Disponível em: http://flaviogikovate.com.br/vaidade-importancia-e-utilidade/. Acesso em: 20 dez. 2018).

pela espoliação da informação. Esta, uma vez disponibilizada pelos detentores dos produtos e serviços de forma parcial e obscura, passa a ser replicada de forma simplória e geralmente por meio de ruídos informacionais sem relevância instrucional ou de conteúdo, mas que, ao mesmo tempo, possuem o condão de fomentar os discursos de ódio, raiva e preconceito.

Com isto, as redes sociais se tornam verdadeiras arenas de gladiadores da intolerância consubstanciada no *bullying*, na existência dos *haters*, dos crimes cibernéticos, das práticas de pedofilia, de venda de drogas e armas e das invasões de privacidade pelos *hackers* e *crackers*, isso sem falar do submundo da *dark web* e da *deep web*[28].

Assim, nefastos efeitos socioambientais são produzidos no contexto da sociedade tecnológica e sem solução aparente, porque não há controle eficaz sobre a disponibilização da informação, uma vez que as empresas e os grandes *players* do mercado têm relutado constantemente em permitir o acesso aos seus códigos de programação, como forma de lhes dar transparência[29].

Como combater estas más práticas e mudar a postura passiva do consumidor, visando mitigar a busca desenfreada dos prazeres e dotando aquele de uma salutar liberdade informacional, ou seja, de um livre-arbítrio que leva ao desenvolvimento sustentável e ao respeito à pluralidade, fraternidade e diversidade, fortalecendo, portanto, a sociedade?

A solução para que a sociedade possa gozar de uma visão holística e neutra é complexa e radicalmente forte, porque, se implementada e garantida em seu vigor, terá como inexorável efeito a quebra dos paradigmas que sustentam o mercado baseado na atual passividade que conforma a expropriação da informação. Está-se falando da necessidade do resgate e fortalecimento da serendipidade na era tecnológica e digital.

A SERENDIPIDADE

A origem da palavra serendipidade (*serendipity*, em inglês) advém da obra de Horace Walpole, famoso escritor inglês que redigiu, em 1754, uma carta a seu amigo Horace Mann narrando uma lenda que havia lido e que teria influenciado fortemen-

---

[28] Por necessidade de um corte epistemológico, não é intuito do presente artigo abordar cada uma destas más práticas da era tecnológica. Para mais informações, *vide* FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade da informação e *darknets*. *In:* WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (org.). *Inclusão tecnológica e direito* à *cultura:* movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. v. 1, p. 66-87.

[29] Nesse sentido, *vide* reportagem denominada *French senate backs bid to force Google to disclose search algorithm workings*. Disponível em: https://techcrunch.com/2015/04/17/french-senate--backs-bid-to-force-google-to-disclose-search-algorithm-workings/. Acesso em: 20 dez. 2018.

te a sua vida[30]. Esta obra lida por Walpole tem origem persa e foi traduzida para o francês e depois para o inglês, em 1722, com o título *The travels and adventures of three princes of Serendip* e contava a hist*ória de* três príncipes, filhos de Jafer, o rei filósofo de Serendip (antiga designação do atual Sri Lanka, antigo Ceilão)[31].

Os três príncipes receberam a melhor educação possível e desejavam viajar para obter experiências para complementar seus ensinamentos teóricos. Mais do que tudo, queriam aprender os costumes de outras pessoas[32]. Segundo narra Walpole, em suas viagens, os príncipes "sempre estavam fazendo descobertas acidentalmente sagazes com base em suas poderosas observações"[33]. Estas descobertas narradas em vários episódios ao longo da obra, para os príncipes, eram sempre entusiasmadas e mais valiosas do que tesouros tradicionais e lhes trouxeram grande crescimento pessoal e serenidade[34].

A serendipidade, portanto, caracteriza-se como um dom ou talento, porque só pode gozar dela quem possui o poder da observação, da perspicácia, do entusiasmo e dedução. Se encarada dessa forma, a serendipidade vai exigir criatividade, e isso os três príncipes tinham de sobra. Por outro lado, nem todas as pessoas possuem a melhor educação possível, muito menos são criativas, e, logo, poder-se-ia concluir que uma determinada sociedade poderia não gozar ou usufruir de serendipidade.

Mas esta conclusão é reducionista e se consubstancia em um engano, na medida em que, para existir, basta que haja descobertas totalmente ao acaso e descompromissadas e que se aproveite com serenidade as maravilhas das oportunidades geradas pela vastidão do mundo. Ou seja, como possui baixos e simples requisitos, todos são aptos a usufruir de um serendipismo.

E a serendipidade vai além: ela também pode ser considerada um método de trabalho ou estudo:

> *Serendipidade* é encontrar tudo o que os olhos estejam treinados para captar e possam apreender. Este fator ainda o revela como um método de estudos e de formação de cultura geral. Não é, portanto, um método rigoroso, mas é sim uma maneira prazerosa de se manter contato com

---

30 BACH, Marcus. *Serendipidade:* o mundo do acaso – descubra o poder secreto do sétimo sentido. Rio de Janeiro: Nórdica, 2000. p. 12.

31 MERTON, Robert K.; BARBER, Elinor. *The travels and adventures of serendipity*. Disponível em: http://press.princeton.edu/chapters/s7576.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018. p. 1.

32 *Op. cit.*, p. 2.

33 *Op. cit.*, p. 3.

34 Por necessidade de um corte epistemológico, não serão abordados detalhes da lenda de Serendip. Para mais informações, *vide*: BACH, Marcus. *Serendipidade:* o mundo do acaso – descubra o poder secreto do sétimo sentido. Rio de Janeiro: Nórdica, 2000; e MERTON, Robert K.; BARBER, Elinor. *The travels and adventures of serendipity*. Disponível em: http://press.princeton.edu/chapters/s7576.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

> o *mundo real/virtual*. Também podemos dizer que se desenvolve um senso de informalidade – o que não pode ser implicado como sinônimo de superficialidade. E assim encontramos com a *serendipidade* um verdadeiro substrato ético/técnico, pois profundidade e/ou complexidade não são reflexos da incompreensão ou da falta de clareza[35].

O que se denota de todas as interpretações que se podem fazer sobre a serendipidade é que ela não tem nada de abstrato, transcendental ou mágico, muito menos carece de eficácia e concretude. É, como já mencionado, método, razão e dom: está ligada ao processo de tomada de decisão e à cognição (consciência) do indivíduo e, portanto, ao seu livre-arbítrio.

Assim, tem o atributo de oportunizar a retomada, pela própria pessoa, do controle e condução da sua vida, libertando-a de qualquer tipo de amarra ou dependência da teoria, da ciência e de terceiros, na medida em que sua característica forte é a de trabalhar com o holismo e, assim, enaltecer os atributos da pessoa, robustecendo sua estima e elevando o acaso a um patamar de curial importância no processo de elaboração e internalização do mundo, permitindo um desenvolvimento livre e consciente do ser humano.

A SERENDIPIDADE E LIVRE-ARBÍTRIO INFORMACIONAL

A serendipidade visa, inclusive, tornar o ser humano mais flexível e voltado ao seu próprio Ser, permitindo-lhe fruir de uma atenção plena (*mindfulness*), na medida em que permite que a pessoa faça suas próprias descobertas e observações livremente – com base até mesmo na sua fé e crença empírica –, proporcionando, assim, o rompimento da dependência exclusiva da ciência e da técnica como *ultima ratio*:

> Crer que a verdade de uma teoria é a mesma coisa que sua fecundidade é um erro. Muitas pessoas parecem, no entanto, admitir o contrário disso. Elas acham que a teoria tem tão pouca necessidade de encontrar aplicação no pensamento, que ela deveria antes dispensá-lo pura e simplesmente. Elas interpretam toda declaração equivocadamente no sentido de uma definitiva profissão de fé, imperativo ou tabu. Elas querem submeter-se à ideia como se fora um Deus, ou atacá-la como se fora um ídolo. O que lhes falta, em face dela, é a liberdade. Mas é próprio da verdade o fato de que participamos dela enquanto sujeitos ativos[36].

Não é *à* toa, portanto, que a indústria capitalista vai tentar, a todo custo, tolher ou exterminar a serendipidade. Ela representa justamente uma eficiente

---

[35] CARRILHO, Vinicio. Serendipidade, bricolagem, consiliência: métodos de trabalho e de investigação. *AR – Revista de Derecho Informático*, Peru, 2005, Issue 89, p. 6.

[36] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento:* fragmentos filosóficos. São Paulo: Zahar, 1985. p. 114.

forma de libertação das amarras da dependência econômica e informacional que ocasiona tantos efeitos nefastos na sociedade moderna atual.

Fato é que a verdade ou a busca dela não pode ser mais ditada exclusivamente pela *expertise técnica* ou pela ciência, como quer fazer acreditar o capitalismo monista informacional: a verdade é, eminentemente, uma questão de percepção e abertura à escuta, o que só a serendipidade é capaz de proporcionar. O serendipismo dá a necessária humildade ao ser humano, dentro da perspectiva de que o Homem não é um ser pronto e acabado, muito menos um fim em si mesmo. A serendipidade tem a capacidade de combater, portanto, o antropocentrismo que tanto justifica a violência à natureza, aos animais e aniquila o belo e o imaginário.

Assim, o resgate e o uso da serendipidade visam proporcionar uma reforma, uma mudança de paradigma na forma pela qual a informação é tratada no contexto da era digital, bem como na sua relação com a sociedade. Ela se consubstancia em um salutar mecanismo de libertação, em que as descobertas por acaso vão proporcionar, inexoravelmente, a falência do atual modelo monista de expropriação da informaç*ão.*

Com isto, poderá haver, inclusive, a extinção do nefasto mercado de compra e venda de informações pessoais. Sendo o consumidor o único e livre determinante da informaç*ão*, e detendo, com base na serendipidade, a descoberta e pleno controle da disponibilização desta, inexoravelmente faltará demanda ao mercado, e ele se autoaniquilará pela simples quebra da lei da oferta e da procura. *Não poderão* mais as empresas minerar dados com o intuito de vendê-los a terceiros: seus lucros terão que advir de outras formas de fornecimento, na medida em que o modelo *freemium* de negócios se encontrará saturado e esgotado.

Com o uso da serendipidade, poderá o consumidor se autorreger, e, assim, romper com o mecanismo da predição que sustenta a mineração de dados e do *Big Data*, urgindo das empresas e grandes corporaç*ões* a revisão de suas práticas e relações consumeristas.

Estas terão que passar a incluir em seus algoritmos várias garantias do uso, acesso e efetividade da serendipidade. Os *softwares* necessariamente precisarão deixar espaço ao "novo", ao acaso, *à* aleatoriedade, ao não determinismo informacional. Aqui, a serendipidade deverá ser adotada como método de neg*ócio e mercado, pois d*everão os produtos e serviços baseados na Internet respeitar a livre escolha e a possibilidade da descoberta livre e desinteressada do consumidor.

Os algoritmos, uma vez que são programados, deverão garantir a diversidade, a pluralidade e a fraternidade e, em especial, ser capazes de trabalhar sob a perspectiva da alteridade. Nesse sentido, é a proposição do Parlamento Francês de exigir que mecanismos de busca, como o Google, exibam em suas p*áginas* ao

menos três rivais ou concorrentes, a fim de permitir a escolha pelo consumidor[37]. Ou ainda, a discussão que teve origem na Espanha e se alastrou pelo mundo, acerca do chamado "direito ao esquecimento"[38], ou, aos dizeres de Andrew Keen: "como a Internet precisa aprender a esquecer"[39].

Não se trata de defender a existência de uma serendipidade "forçada" ou mitigada, o que seria, por óbvio, um enorme contrassenso: ou h*á o acaso, e*, portanto, serendipidade, ou o acaso não está presente e, portanto, se esvai. O que se está a falar é da construção de um "lugar novo", usando a serendipidade como método pelos fornecedores de produtos e serviços, ou ainda, o fomento ao exercício do citado dom da serendipidade, para que esta possa se tornar um norte na tomada de decisão das pessoas. A vertente do serendipismo, portanto, é claramente principiológica na conformação dos produtos e serviços baseados na Internet e na forma como eles se relacionam com os consumidores, e estes, por sua vez, com seus aparatos tecnológicos.

Tem-se em mente que o propósito da publicidade é fundamentalmente condicionar a aquisição de produtos e serviços, e não se pretende aqui desconstruir tal propósito, na medida em que tal ação descaracterizaria a própria razão da publicidade em uma economia de mercado tal qual a existente na era da informação digital.

A serendipidade e o livre-arbítrio foram aqui discutidos sob o viés do "questionar" os reflexos no âmbito do consumo, do hiperconsumo e da interação necessária entre um mundo informacional e consumista e o mundo que leva em consideração o ser humano e o meio ambiente – por isso o papel tão destacado nas discussões dos algoritmos de mineração de dados. Coube, portanto, no texto, o alerta sobre o empobrecimento informacional do consumidor, que deixa de ser o protagonista para ser objeto de uso desses mesmos algoritmos.

Eis aí a necessidade de tornar o ambiente digital mais humanista e pautado pela perspectiva da alteridade. Eis um novo desenvolver para a área do Direito que necessita entender a técnica para tutelar o objeto ser humano.

---

37 Para mais informações, *vide* matéria de mídia denominada *French senate backs bid to force Google to disclose search algorithm workings*. Disponível em: https://techcrunch.com/2015/04/17/french-senate-backs-bid-to-force-google-to-disclose-search-algorithm--workings/. Acesso em: 20 dez. 2018.

38 Não constitui objeto do presente estudo abordar a questão do direito ao esquecimento. Neste sentido, *vide* matéria de mídia denominada *EU Court rules Google must give individuals "right to be forgotten" (or not to be found)*. Disponível em: https://techcrunch.com/2014/05/13/forget-me-not/. Acesso em: 20 dez. 2018.

39 Neste sentido, *vide* matéria de mídia denominada *Andrew Keen weighs in on privacy:* "the internet hasn't learned how to forget". Disponível em: https://techcrunch.com/2012/05/21/andrew-keen-weighs-in-on-privacy-the-internet-hasnt-learned-how-to-forget/. Acesso em: 20 dez. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trabalha-se com o entendimento de que a serendipidade deve se caracterizar como a forma mais importante de garantir o diferente na atual sociedade da informação. Só ela pode romper o paradigma da dependência do poder real do controle da informação por terceiros, bem como do poder simbólico gerado quando um terceiro domina a informação e há confiança plena neste. Só assim o homem se tornará um agente coletivo aos moldes do que preconiza Pierre Levy:

> Hoje, o *homo sapiens* enfrenta a rápida modificação de seu meio, da qual ele é agente coletivo, involuntário. Não quero de modo algum dar a entender que nossa espécie está ameaçada de extinção, nem que o "fim dos tempos" está próximo. Não se trata de milenarismo. Contento-me em apontar uma alternativa. Ou superamos um novo limite, uma nova etapa da hominização, inventando algum atributo do humano tão essencial quanto a linguagem, mas em escala superior, ou continuamos a nos "comunicar" por meio da mídia e a pensar em instituições separadas umas das outras, que organizam, além disso, o sufocamento e a divisão das inteligências. No segundo caso, só teríamos de enfrentar os problemas da subsistência e do poder. Mas, se nos engajássemos na via da inteligência coletiva, progressivamente inventaríamos as técnicas, os sistemas de signos, as formas de organização social e de regulação que nos permitiriam pensar em conjunto, concentrar nossas forças intelectuais e espirituais, multiplicar nossas imaginações e experiências, negociar em tempo real e em todas as escalas as soluções práticas aos complexos problemas que estão diante de nós[40].

A teoria da confiança ganha novos contornos na era digital e não pode mais servir a sustentar, pura e simplesmente, a relação consumidor-fornecedor, pois ela serve para enfraquecer o hipossuficiente e torna a sociedade tecnológica uma massa dominada por meio do poder do "anestesiamento" e da desmobilização: o mundo dos filtros e bolhas oblitera a verdade.

A atual sistemática dos produtos e serviços, que tem na expropriação da informação a sua forma de auferir lucro, acaba conformando o *status quo* e mantém vigentes as atuais estruturas nefastas de poder. O encorajamento e o exercício a uma "boa estima digital" são preponderantes na diminuição ou aniquilamento da dependência de terceiros, que não mais pautarão a condução da sociedade com base nos ditames da informação filtrada e catalogada. O consumidor necessita ter, por meio do processo educacional, consciência das suas reais

---

40 LEVY, Pierre. *A inteligência coletiva:* por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1998. p. 16-17.

potencialidades e, pelo acaso, poder, uma vez revigorado, fortalecido e imbuído de um agir interno que rompe com o consumo desenfreado e com o hedonismo, maravilhar-se com as descobertas que fizer.

Para isso, deve eliminar a sua postura passiva e contemplativa que atualmente impregna as relações consumeristas. A adoção de uma proatividade informacional é fundamental para quebrar o ciclo vicioso do *Big Data* e do nefasto mercado da compra e venda de informação com base na mineração de dados íntimos e privados.

A serendipidade não combina com conforto e comodidade, exigindo do consumidor uma postura diferenciada, assim como a autoescuta, o autoaprendizado, a consciência, a ponderação, o equilíbrio e a serenidade. O serendipismo devolve o consumidor ao seu original patamar de dirigente, definidor e controlador do conteúdo informacional, bem como de sua qualidade, quantidade e proporção:

> A *serendipidade*, portanto, ajuda a prevenir-se de ideias nebulosas e ainda oferece códigos de acesso irrestrito aos leitores. Com a *serendipidade*, realmente, a chave de acesso está em cada um dos leitores/autores e, se juntarmos a experiência com a bricolagem, veremos claramente que ler é atuar sobre o *mundo real/virtual*. Ler é justamente abrir os códigos de ferro, democratizar e distribuir as chaves de acesso, desmistificar o posto e o comando do *establishment* (como donos do conhecimento estabelecido). A combinação entre *serendipidade*, bricolagem e consiliência funciona como um método em que se estimula a revelação e o inusitado, portanto, em que se aproveita com satisfação o dia e a vida de pesquisador (*Carpe diem*)[41].

Não há dúvidas de que a libertação do monismo informacional só ocorrerá se o consumidor resgatar em si o dom da serendipidade, e, caso não o possua, deverão tanto o consumidor quanto os fornecedores adotá-la como método salutar no modo e forma como a informação pessoal é tratada e disponibilizada na Internet.

Isso significa que, de alguma forma, deve haver concentração de esforços para se dar a devida importância ao acaso, ao poder da observação, da descoberta e da capacidade de inferir as situações mundanas, resgatando, assim, o gosto e o entusiasmo pelo novo e pelo mistério e refutando os argumentos científicos que teimam em aniquilar os elementos naturais, adotar um salutar viés pragmático e não exclusivamente teórico, como forma de rompimento da "coisificação" das relações humanas.

---

[41] CARRILHO, Vinicio. Serendipidade, bricolagem, consiliência: métodos de trabalho e de investigação. *AR – Revista de Derecho Informático*, Peru, 2005, Issue 89, p. 10.

Trata-se de tornar o ambiente digital mais humanista e pautado pela perspectiva da alteridade. Trata-se de ressignificar o homem digital pela via analógica da serendipidade, dotando e garantindo a ele o importante patrimônio humano do livre-arbítrio informacional.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento:* fragmentos filosóficos. São Paulo: Zahar, 1985.

BACH, Marcus. *Serendipidade:* o mundo do acaso – descubra o poder secreto do sétimo sentido. Rio de Janeiro: Nórdica, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2007.

CARRILHO, Vinicio. Serendipidade, bricolagem, consiliência: métodos de trabalho e de investigação. *AR – Revista de Derecho Informático*, Peru, 2005, Issue 89.

FRANÇA, Tiago Cruz *et al. Big social data:* princípios sobre coleta, tratamento e análise de dados sociais. Artigo publicado nos anais do XXIX Simpósio Brasileiro de Banco de Dados (SBBD) 2014. Curitiba. 2014, p. 8. Disponível em: http://www.inf.ufpr.br/sbbd-sbsc2014/sbbd/proceedings/artigos/pdfs/127.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne; BATIMARCHI, Paulo Henrique. O modelo econômico do grátis na internet e o direito de autor: o caso K-Lite Nitro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 69, 2015.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *A vulnerabilidade do consumidor e a exposição p*ública na *internet. In:* ROVER, Aires José e GALINDO, Fernando (org.). III Encontro de Internacionalização do Conpedi/Universidad Complutense de Madrid. 1 ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. IX.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BATISTA, Osvaldo Henrique dos Santos. *Neuromarketing* e as novas modalidades de comércio eletrônico (*m-s-t-f-commerce*) frente ao Código de Defesa do Consumidor. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, 2015.

GIKOVATE, Flávio. *Vaidade, importância e utilidade*. Disponível em: http://flaviogikovate.com.br/vaidade-importancia-e-utilidade/. Acesso em: 20 dez. 2018.

GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Os sofrimentos do jovem Werther*. Porto Alegre: L & PM, 2010.

JORNAL GAZETA DO POVO. *Gigante do direito dos EUA agora tem um robô entre seus advogados*. Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/gigante-do-direito-dos-eua-agora-tem-um-robo-entre-seus-advogados-83225s51279jsku2mzzibrmv8. Acesso em: 20 dez. 2018.

LEVY, Pierre. *A inteligência coletiva:* por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal:* ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MEIRELLES, Fernando de Souza. *Informática:* novas aplicações com microcomputador. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

MERTON, Robert K.; BARBER, Elinor. *The travels and adventures of serendipity.* Disponível em: http://press.princeton.edu/chapters/s7576.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

MUNOZ, Cecília; PATIL, D. J.; SMITH, Megan. *Big risks, big opportunities:* the intersection of big data and civil rights. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/blog/2016/05/04/big-risks-big-opportunities-intersection-big-data-and-civil-rights. Acesso em: 20 dez. 2018.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia O. A.; EFING, Antônio Carlos. Computação em nuvem e aspectos jurídicos da segurança da informação. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 13, n. 1, jan./jun. 2013.

PORTAL CISCO. Disponível em: http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/VNI_Hyperconnectivity_WP.html. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTAL EL CONFIDENCIAL. Disponível em: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-07-10/si-la-justicia-es-ciega-ha-llegado-la-hora-de-los-jueces-robot_921576/. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTAL EMC. *EMC digital universe with research & analysis by IDC:* the digital universe of opportunities: rich data and the increasing value of the internet of things. Disponível em: https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/executive-summary.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTAL GESTÃO HOSPITALAR. *Algoritmo aumenta sucesso de cirurgia para tratar câncer de ovário avançado.* Disponível em: http://setorsaude.com.br/algoritmo-aumenta-sucesso-de-cirurgia-para-tratar-cancer-de-ovario-avancado. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTAL OLHAR DIGITAL. *Robô advogado já venceu 160 mil apelações contra multas de trânsito.* Disponível em:http://olhardigital.uol.com.br/pro/noticia/-robo-advogado-ja-venceu-160-000-apelacoes-contra-multas-de-transito/59750. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTAL TECH CRUNCH. *French senate backs bid to force Google to disclose search algorithm workings.* Disponível em: https://techcrunch.com/2015/04/17/french-senate-backs-bid-to-force-google-to-disclose-search-algorithm-workings/. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTAL TECH CRUNCH. *EU Court rules Google must give individuals "right to be forgotten" (or not to be found)*. Disponível em: https://techcrunch.com/2014/05/13/forget-me-not/. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTAL TECH CRUNCH. *Andrew Keen weighs in on privacy:* "the internet hasn't learned how to forget". Disponível em: https://techcrunch.com/2012/05/21/andrew-keen-weighs-in-on-privacy-the-internet-hasnt-learned-how-to-forget/. Acesso em: 20 dez. 2018.

PORTO, Camila. *Facebook marketing.* São Paulo: Novatec, 2014.

REVISTA GALILEU. *Como os algoritmos dominaram o mundo*. Disponível em: http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2014/05/como-os-algoritmos-dominaram-o-mundo.html. Acesso em: 20 dez. 2018.

THE STATISTICS PORTAL. *Most popular Facebook fan pages as of april 2016, based on number of fans (in millions)*. Disponível em: http://www.statista.com/statistics/269304/international-brands-on-facebook-by-number-of-fans/. Acesso em: 20 dez. 2018.

THE STATISTICS PORTAL. *Worldwide social commerce revenue from 2011 to 2015 (in billion U.S. dollars)*. Disponível em: http://www.statista.com/statistics/251391/worldwide-social-commerce-revenue-forecast/. Acesso em: 20 dez. 2018.

THE WHITE HOUSE. *Big data:* seizing opportunities, preserving values. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

Data de recebimento: 26/08/2018

Data de aprovação: 17/10/2018

TENSÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE AS COMUNIDADES TRADICIONAIS DE FUNDO E FECHO DE PASTO

CONSTITUTIONAL TENSIONS ON THE PASTURES' BOTTOM AND CLOSURE TRADITIONAL COMMUNITIES

*Ana Carolina Amaral de Pontes**
*Wellington Cabral Saraiva***

RESUMO

O artigo trata das garantias constitucionais das comunidades tradicionais, ante os artigos 215 e 216 da Constituição e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, dos riscos que essas comunidades vêm enfrentando ao longo da história e da omissão estatal em concretizar aquelas garantias e assegurar seus modos particulares de expressão e de criar, fazer e viver. Analisa, por meio do método indutivo, o caso das comunidades de fundo e fecho de pasto, espécie de comunidade tradicional frequente no Estado da Bahia, inclusive em face da insegurança jurídica criada pela Lei 12.910, de 11 de outubro de 2013, daquele Estado. A norma atinge diretamente o nexo de identidade daquelas comunidades com o território e se insere no contexto de invisibilização de direitos coletivos.

Palavras-chave: Comunidades tradicionais; Garantias constitucionais; Comunidades de fundo e fecho de pasto.

ABSTRACT

This paper examines the constitutional guarantees of traditional communities, in light of articles 215 and 216 of the Brazilian Constitution and

* Mestra em Direito e Doutora em Educação (Universidade Federal de Pernambuco). Professora da Universidade Federal Rural de Pernambuco (Unidade Acadêmica de Garanhuns). E-mail: professoraanapontes@gmail.com.

** Mestre em Direito (Universidade de Brasília). Procurador Regional da República (membro do Ministério Público Federal). Professor colaborador da Universidade Federal de Pernambuco (Programa de Pós-Graduação em Direito). Ex-Coordenador da Assessoria Jurídica Constitucional do Procurador-Geral da República (2013-2017). Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2011-2013). E-mail: wsaraiva@mpf.mp.br.

of the International Labor Organization Convention 169, as well as risks that said communities face along history and omission of public powers in assuring those guarantees and their particular ways of expression, creation, making and living. Is analyzes particularly, by inductive method, the case of pastures' bottom and closure communities, a species of traditional community frequent in the State of Bahia, especially because of legal uncertainty created by Act 12,910, of 11 April 2013, from that State. This provision directly affects the identity connection between them and the land, and it is part of a collective rights invisibilization context.

Keywords: Traditional communities; Constitutional guarantees; Pastures' bottom and closure communities.

INTRODUÇÃO

O art. 3º, § 2º, da Lei 12.910, de 11 de outubro de 2013, do Estado da Bahia, estabelece restrição temporal para regularização fundiária de uma das espécies de comunidades tradicionais brasileiras, as comunidades de fundo e fecho de pasto, típicas daquela unidade da federação. Este estudo decorreu da lacuna na bibliografia sobre as peculiaridades dessas comunidades no que toca à sua proteção jurídico-positiva, ante os riscos oriundos de pressões fundiárias, que resultaram na edição da inconstitucional norma baiana.

Mostra-se relevante o tema pelas diversas esferas nas quais se espraiam as óticas possíveis de sua análise. No plano jurídico, tanto pelo *status* constitucional e convencional da proteção dos modos de vida das comunidades tradicionais quanto pelo contencioso abstrato de constitucionalidade inaugurado com a ação direta de inconstitucionalidade abaixo indicada. Nos planos histórico e sociológico, pela peculiaridade e ancianidade das comunidades de fundo e fecho de pasto, encontradiças apenas em determinadas regiões do país e expostas a pressões fundiárias e econômicas.

Inicialmente, abordam-se aspectos gerais do problema, a fim de delimitar contornos sociológicos e jurídicos dessas comunidades, como componente da natureza pluriétnica da sociedade brasileira, à luz da proteção constitucional dos artigos 215 e 216 da Constituição e da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

No item Proteção de Comunidades Tradicionais..., examinam-se a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), instituída por meio do Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, e as dificuldades de sua execução, cuja coordenação compete à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), criada pelo Decreto de 27 de dezembro de 2004. Aponta-se o ocultamento dessas comunidades como consequência de movimento deliberado para embaraçar a percepção de sua forma de relacionar terra e território.

Expõem-se traços do desenvolvimento das comunidades de fundo e fecho de pasto desde o Brasil colônia, nascidas no declínio do sistema de sesmarias e na desintegração das relações senhoriais, sua relação presente com extrativismo, agricultura e pastoreio, seu papel na proteção da caatinga baiana, via criação sustentável e uso adequado dos recursos, e os riscos associados à expansão agrícola baiana e ao crescimento da produção de celulose do estado.

Em seguida, no item Percepção de Direitos Coletivos..., cuida-se da percepção de direitos coletivos nas comunidades de fundo e fecho de pasto e de traços particulares da titularidade e do objeto deles. No item Inconstitucionalidade do Prazo..., demonstram-se a inconstitucionalidade e a inconvencionalidade do prazo para regularização territorial dessas comunidades e as vicissitudes da ação direta de inconstitucionalidade 5.783/BA, antes de se chegar ao capítulo das considerações finais.

ASPECTOS INICIAIS DO PROBLEMA

A decisão estadual de definir limite temporal para regularização fundiária dos territórios das comunidades tradicionais de fundo e fecho de pasto e as consequências possíveis das rupturas e falhas evidentes sobre direitos territoriais de comunidades tradicionais inspiraram este texto. A decisão legislativa foi alvo da ação direta de inconstitucionalidade 5.783/BA, que ataca o art. 3º, § 2º, da Lei 12.910, de 11 de outubro de 2013, do Estado da Bahia.[1] A norma reforça a percepção de que ainda se vivenciam no Brasil violações de direitos fundamentais nas relações de territórios e comunidades vulnerabilizadas pelo processo histórico nacional.

Mesmo, por diversos olhares, acreditando que a Constituição da República de 1988 pretendesse encerrar as discussões quanto ao multiculturalismo e à natureza pluriétnica da sociedade e do Estado brasileiro, diversas lacunas foram deixadas. Estas falhas, a princípio, não deixaram clara a possibilidade de que desdobramentos legislativos, de modo paradoxal, viessem precisamente negar a existência de grupos portadores de identidades próprias, de comunidades tradicionais, dissonantes da hegemonia brasileira reforçada por forças de poder opostas, tão tradicionais quanto a existência de grupos vulneráveis.

O Brasil aderiu à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, e à

---

1 BAHIA (Estado). Lei 12.910, de 11 de outubro de 2013. Dispõe sobre a regularização fundiária de terras públicas estaduais, rurais e devolutas, ocupadas tradicionalmente por comunidades remanescentes de quilombos e por fundos de pastos ou fechos de pastos e dá outras providências. Disponível em: https://bit.ly/2tP4j6h ou http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-12910-de-11-de-outubro-de-2013. Acesso em: 30 jun. 2018.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Isso reforçaria a ideia de que às comunidades caberia não apenas proteção do Estado brasileiro, mas garantia de controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, mantendo entidades, línguas e religiões. Muitos passos resistem a ser dados para aceitação das identidades diferenciadas e abrangentes destes grupos.

A Constituição da República de 1988 diz não apenas de interesses coletivos, mas também de espaços de pertencimento em territórios. Estes, porém, não significam adesão ao conceito de propriedade privada, mas como *locus* étnico e cultural. O artigo 216 inicia o desenho dessa concepção como espaços onde os diversos grupos têm modos particulares de expressão e de criar, fazer e viver (incisos I e II).

O problema fundamenta-se em refletir as cores do contexto da disputa de narrativas que permeia o conflito, tendo como temas centrais a dificuldade de fortalecimento do protagonismo frequentemente silenciado de diversas comunidades tradicionais, grupos quilombolas e etnias indígenas para obter e manter segurança jurídica e o respeito cotidiano a seus saberes e existências. Aqui se narra um episódio urgente do percurso para efetivação destes direitos por uma destas comunidades: as de fundo e fecho de pasto, presentes, sobretudo, na Bahia.

O conflito inicia-se com parte da Lei 12.910, de 11 de outubro de 2013, do Estado da Bahia, que buscou regularizar a situação fundiária de terras públicas estaduais, rurais e devolutas, ocupadas tradicionalmente por comunidades remanescentes de quilombos e por comunidades de fundo e fecho de pasto, prescrevendo situações que apresentam consequências negativas para a regularização. A lei estadual prevê contrato de concessão de direito real de uso da área por instrumento público com associação comunitária, que deveria ser integrada por todos os seus reais ocupantes, e o contrato, gravado com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. A lei impõe que tal contrato de concessão de direito real de uso deve ser firmado com as associações que protocolizem pedido de certificação de reconhecimento e de regularização fundiária nos órgãos competentes até 31 de dezembro de 2018.

Ao estipular termo final para que as comunidades de fundo e fecho de pasto formulem pedido de reconhecimento e de regularização fundiária, a intervenção estatal para regularização fundiária age contra o sentido constitucional de fortalecimento de grupos vulneráveis e benefício de pequenos e médios agricultores e agricultoras. Tal situação parece indicar que parte das ações que teriam por finalidade regularizar e reduzir vulnerabilidades vem servindo, ocasionalmente, para legalização de situações contrárias ao bem comum. Algumas dessas ações aproveitam, por exemplo, grilagens, latifúndios improdutivos e parcelamentos de solo inadequados promovidos por especulação imobiliária crescente em diversos rincões do país.

A determinação legal não apenas é incompatível com o direito à proteção e promoção da diversidade cultural, de previsão constitucional, bem como passa ao largo dos princípios da pluralidade jurídica e da dignidade humana, fundamentais para a sociedade brasileira. Encontra-se em oposição às características das comunidades que deveriam ser protegidas, em seus aspectos de ancestralidade e tradicionalidade, sobretudo das peculiaridades de pastoreio nômade, valores e especificidades que serão detalhadas aqui.

O objetivo central deste artigo é demonstrar que o constitucionalismo e a democracia encontram, como recorrente problematização, embaraço na concretização de direitos fundamentais e de cidadania, tendo por fio condutor o estudo dos riscos da temporalização determinada pela lei estadual para garantia de direitos previstos constitucionalmente – que, de fato, finda com a falta de garantia desses direitos.

Como objetivos acessórios, busca-se trazer dados e entendimentos sobre a manutenção dos direitos territoriais de comunidades tradicionais e a urgência da concessão de medida cautelar liminar na ação direta de inconstitucionalidade, ante o esgotamento do prazo legal em cenário de progressiva desconstrução de garantias constitucionais no país. A situação urgente de vulnerabilidade de direito em que se encontram essas comunidades, somando vozes para ostentar o problema, compreende uma das justificativas para escolha do tema. Fundamentada a pesquisa, em especial, no acompanhamento do caso e nos desenvolvimentos processuais da ADI, trazem-se reflexões sobre seus documentos e peças processuais e as ponderações disponíveis na representação original, formulada pelos procuradores da República Edmundo Antonio Dias Netto Junior e Wilson Rocha Assis. Tornar visíveis os enfrentamentos decorrentes da busca de concretização das garantias constitucionais não apenas fortalece as reivindicações dessas comunidades, mas também assegura e encoraja o próprio caráter multicultural e pluriétnico abrigado pelo texto constitucional.

PROTEÇÃO DE COMUNIDADES TRADICIONAIS: COMUNIDADES DE FECHO DE PASTO COMO NÃO LUGAR

De acordo com a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, da Unesco, deve considerar-se cultura o conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos caracterizadores de uma sociedade ou grupo social e que abrange artes, letras, modos de vida, maneiras de conviver, sistemas de valores, tradições e crenças. A cultura encontra-se no centro dos debates contemporâneos sobre identidade, coesão social e desenvolvimento fundado no saber.[2]

---

[2] Unesco é a sigla de United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas), com sede em Paris, França. A declaração foi aprovada em 2 de novembro de 2001.

A Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), instituída por meio do Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, tem por fito promover desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com destaque para reconhecer, fortalecer e garantir seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais. Tal percepção procuraria promover o respeito às suas formas de organização e identidade próprias.

A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), criada pelo Decreto de 27 de dezembro de 2004,[3] teria como propósito coordenar a execução dessa política. O desafio, como se demonstrará, encontra-se no esvaziamento de poder por meio do esfacelamento democrático brasileiro, ao invisibilizar e enfraquecer tais espaços de deliberação e controle social. Composta por 15 representantes de órgãos e entidades da administração pública federal e 15 de organizações não governamentais, os espectros democráticos deste espaço contam com a presidência da comissão, que é exercida pelo representante do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), e a função de secretaria executiva, realizada por meio da Secretaria Executiva do mesmo ministério. Ainda que entre membros e membras da sociedade civil na CNPCT costumassem estar representantes dos povos de cultura cigana, etnias indígenas, comunidades quilombolas, quebradeiras de coco babaçu, comunidades de marisqueiras e pescadores artesanais, povos de terreiro, retireiros do Araguaia e as citadas comunidades de fundo de pasto, o peso decisório encontra-se desequilibrado naquele espaço e na própria escuta que o órgão encontra quando dialoga com outras esferas do poder estabelecido.

As comunidades de fecho de pasto são constantemente aguilhoadas na construção do protagonismo de suas narrativas. Vivendo de pastoreio comunal em áreas rurais de Pernambuco ao Piauí, mas bem mais visíveis no sertão do Estado da Bahia, somam as adversidades também pertinentes a comunidades pulverizadas e vulnerabilizadas no país.

A despeito de, como observado, integrarem o atual Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, que tem, entre suas finalidades, coordenar e acompanhar a implantação da política instituída pelo Decreto 6.040/2007, sua peculiaridade nômade implica, como para algumas de suas irmãs, desafio em matérias territoriais, mas também na identificação de sua representatividade no jogo democrático.

---

[3] Disponível em: https://bit.ly/2yWV8GA ou http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Dnn/Dnn10408.htm. Acesso em: 29 jun. 2018. Ao ser criada, foi denominada Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais. Recebeu a denominação atual com o Decreto de 13 de julho de 2006 (disponível em: http://bit.ly/2gYBxtD ou http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10884.htm. Acesso em: 27 jun. 2018), que revogou o anterior.

A construção da intangibilidade e ocultamento dessas comunidades, infelizmente, não é inata ou orgânica. É consequência de movimento deliberado que atua no espaçamento da perceptibilidade de sua forma específica de relacionar terra e território. A postura dessas comunidades frequentemente obstaculiza e questiona mais frequentemente a ocupação desregrada da terra. Por sustentarem discurso dissonante do hegemônico, enfrentam o desmerecimento de seus relatos e percepções tanto pela mídia predominante como pelas instâncias tradicionais de poder.

O discurso comum de comunidades tradicionais como egocentradas e opositoras ao "progresso" e ao bem comum em detrimento de uma minoria vem sendo repetido em diversos espaços e reproduzido acriticamente, bem como situações de criminalização de suas lideranças.

Nativas do Brasil colônia, as comunidades de fundo e fecho de pasto engendraram-se no declínio do sistema sesmarial brasileiro e na ascensão da produção de açúcar para exportação, forma reinante de exploração e ocupação em grande parte do Nordeste brasileiro. A despeito de terem também origem no trabalho de vaqueiros autônomos que recebiam ganho na quarta parte de uma mesma geração de filhotes do rebanho de que tomavam conta, especialmente na Bahia a origem predominante foi o esfacelamento senhorial. O controle exercido pelas duas casas senhoriais, nomeadas Casa da Torre e a Casa da Ponte, reforçou-se, como apontam Ferraro Júnior e Burztyn,[4] pela concessão de extensas faixas de terra na Bahia. Estas casas sofreram o ciclo descendente do açúcar próprio do estado e experimentaram período de lenta decadência, em que, apesar da previsão legal do retorno daquelas faixas de terra para o reinado português, o esgotamento de controle da coroa sobre a colônia atuou positivamente para abandono das terras e venda das parcelas mais férteis e próximas às cidades.

As porções mais recuadas, características do sertão baiano, foram gradualmente ocupadas no uso comunal destes grupos, em especial por trabalhadoras e trabalhadores derradeiros das casas, que, pouco a pouco, consolidaram seus modos de fazer, que não previam individuação de seus territórios. Também se somaram etnias indígenas e remanescentes quilombolas. As comunidades despertaram um padrão de ocupação hoje identificado como de fundo e fecho de pasto, em que sobressai a criação de bodes, identificados por muito tempo entre suas donas e donos pela tonalidade dos sinos que carregavam. Consuetudinárias, aliancistas e observadoras concomitantemente de laços de sangue, são definidas por Germani e Alcântara como:[5]

---

4 FERRARO JÚNIOR, Luiz Antônio; BURSZTYN, Marcel. Das sesmarias à resistência ao cercamento: razões históricas dos fundos de pasto. *Caderno CRH*, v. 23, n. 59, maio/ago. 2010. Disponível em: http://bit.ly/2y1vgF5 ou https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/19108. Acesso em: 16 mar. 2018.

5 ALCÂNTARA, Denílson Moreira de; GERMANI, Guiomar. *Fundo de pasto:* um conceito em movimento. Artigo apresentado no VIII Encontro Nacional de Anpege, 2009. Disponível em:

> [...] uma experiência de apropriação de território típico do semiárido baiano caracterizado pelo criatório de animais em terras de uso comum, articulado com as áreas denominadas de lotes individuais. Os grupos que compõem esta modalidade de uso da terra criam bodes, ovelhas ou gado na área comunal, cultivam lavouras de subsistência nas áreas individuais e praticam o extrativismo vegetal nas áreas de refrigério e de uso comum.

O extrativismo, agricultura e pastoreio são pontos de identificação das comunidades, que, todavia, destacam-se mais frequentemente pela última, ante as peculiaridades da experiência baiana. No sertão da Bahia, a ocorrência da pecuária extensiva ocorreu com mais frequência do que em outros estados do Nordeste, o que explica, em parte, a predominância do pastoreio, em comparação com as demais capitanias desenvolvidas na época. Alimentados pelo esquecimento estatal das áreas do sertão baiano ao longo do século XIX e início do século XX, esse padrão campesino de ocupação e uso das terras na região alcançou cerca de 17 mil famílias atualmente.

A ideia frequente de que se trata não apenas de comunidades isoladas, mas de "pouca monta", é irrazoável. Avalia-se a existência, por dados oficiais, de 500 comunidades de fundo e fecho de pasto no Estado da Bahia, que totalizam cerca de 11.431 ajuntamentos familiares. A Articulação Estadual de Fundos e Fechos de Pasto (AEFFP) afirma serem 17.758 famílias, em 42 municípios, diferença significativa que corresponde a mais da metade dos dados governamentais, nota muito dissonante.

A disparidade pode ser analisada na reflexão das próprias características comunais. Além da criação de gado, bodes e ovelhas na área comunal, cultivam lavoura de subsistência na área individual, que os caracteriza como comunidade não apenas pastoril, mas também agricultora, o que pode justificar classificações diversas nos sistemas governamentais. Como comunidade tipicamente consuetudinária, sua historicidade e ocupação tradicional sofrem interpretações diversas por agentes públicos, oriundos de outras percepções culturais.

O reiterado lapso temporal de isolamento, desinformação e rechaço de autoidentificação também contribuiu para os obstáculos que os povos tradicionais ainda encontram para seu reconhecimento externo, agravados quando se reconhecer e ser reconhecido possa denotar oportunidade de direito a terra.

A baixa disputa fundiária das terras do sertão baiano, rotuladas como arredadas e pouco atrativas, garantiu, por tempo considerável, a realidade comunal e o padrão territorial de ocupação das comunidades de fundo e fecho de pasto. Ferraro Júnior e Bursztyn assinalam que a pouca pressão fundiária entre 1800 e

---

http://bit.ly/2xh4omw ou https://geografar.ufba.br/alcantara-denilson-moreira-de-germaniguiomar-fundo-de-pasto-um-conceito-em-movimento. Acesso em: 11 mar. 2018.

1920 ajudou a fortalecer o direito costumeiro desses grupos, que relacionavam de forma intuitiva a visão de posse à de domínio, ou seja, de trabalho e direito.[6] Acrescentam que os limites eram reconhecidos por consenso entre as pessoas confrontantes, as quais estabeleciam parcerias e ocupantes.

Outro aspecto relevante compreende a atuação dessas comunidades na proteção da caatinga baiana, por meio de criação sustentável e de uso adequado dos recursos. Os anos 1980 agravaram a disputa, impulsionada pelas chamadas "leis dos quatro fios" ou "leis do pé alto". Estas se caracterizaram por regulamentos municipais que determinavam criação de caprinos e ovinos apenas em áreas cercadas, supostamente para evitar prejuízos em propriedades alheias. A inviabilização da forma de sustento das comunidades favoreceu certa mobilização nas comunidades, que, se antes não se percebiam em uma denominação comum, passaram a exercer, até de forma organizada, pressão social para sua união e reconhecimento.

Como reflexo dessa pressão, a Constituição baiana de 1989 definiu a possibilidade de titulação dessas terras, utilizadas no pastoreio coletivo, no artigo 178, parágrafo único:[7]

> Parágrafo único. No caso de uso e cultivo da terra sob forma comunitária, o Estado, se considerar conveniente, poderá conceder o direito real da concessão de uso, gravado de cláusula de inalienabilidade, à associação legitimamente constituída e integrada por todos os seus reais ocupantes, especialmente nas áreas denominadas de Fundos de Pastos ou Fechos e nas ilhas de propriedade do Estado, vedada a este transferência do domínio.

A gradual expansão agrícola na Bahia na década de 1970, somada a impactos ambientais significativos com o forte crescimento da produção de celulose do estado, contribuíram para mudança do quadro ambiental baiano. Desde 2007, nenhum novo título de terra foi entregue às comunidades. Somou-se o fato de que um parecer da Procuradoria-Geral do Estado considerou que tal regularização deve ocorrer por meio de concessão do uso das terras, ou seja, elas continuariam a pertencer ao Estado. Antes, os documentos de posse eram emitidos em nome de associações constituídas pelas famílias, o que lhes dava muito mais segurança. Segundo Luís Anselmo Pereira de Souza, da Coordenação de Desenvolvimento Agrário (CDA) – órgão estadual à frente das ações de ordenamento fundiário –, essa mudança também gerou novas exigências burocráticas que

---

6 FERRARO JÚNIOR; BURSZTYN, *op. cit.*

7 BAHIA (Estado). Constituição do Estado da Bahia. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: https://bit.ly/2NeJABw ou http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70433/CE_BA_EC_24.pdf?sequence=11. Acesso em: 30 jun. 2018.

atrasam o processo: "É importante modificar a lei para possibilitar a transferência do domínio às comunidades".[8]

As monoculturas de soja e milho, as plantações de eucaliptos e projetos de combustíveis vegetais resultaram não apenas em pressão crescente da ameaça de apropriação das terras das comunidades baianas, mas em consequências ambientais negativas consideráveis.

Mesmo as consideradas "energias limpas" apresentam alto preço social para as comunidades tradicionais. Para André Campos, as ameaças territoriais também se espalham na criação dos parques eólicos nestas regiões. Segundo Marina Braga, agente da Comissão Pastoral da Terra na Bahia, essas e outras iniciativas geram dúvidas sobre o risco a essas comunidades: "Existem muitos empreendimentos pensados para áreas dessas comunidades, a respeito dos quais há poucas informações":[9]

> Atualmente, um dos casos mais polêmicos é a criação do Parque Nacional do Boqueirão da Onça, encampada pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA). Perfazendo 862 mil hectares, a proposta, ainda em estudo, atinge parte considerável de cinco municípios – incluindo áreas de fundo de pasto – e prevê a desapropriação dos imóveis dentro de seu perímetro. [...]

Segundo Campos, o Ministério do Meio Ambiente justifica que, sempre que possível, evitou-se inclusão de áreas com potencial agrícola ou ocupadas por comunidades rurais. "Entretanto, alguns povoamentos situados no centro da área não puderam ser excluídos". Causa estranheza a dissociação do discurso com a ancianidade das posses e a tradicionalidade das comunidades diante dos empreendimentos priorizados.

Grilagem de terras, violência e fraudes documentais parecem, ainda nos dias atuais, a metodologia de invasores de territórios de comunidades tradicionais. Utilização das forças estatais parece igualmente consolidada, em franca dissonância com os parâmetros constitucionais.

Segue a incauta sinfonia, resultado da ausência do estado em regular esses conflitos e em proteger de forma eficaz essas comunidades e da presença do mesmo estado para fortalecer poderes locais que perpetuam injustiça social e uso indevido de recursos de políticas públicas direcionadas à população vulnerável.

---

8 CAMPOS, André. *Sobrevivência em regime de bode solto*. 3 set. 2008. Disponível em: https://bit.ly/2KC5rl3 ou https://www.sescsp.org.br/online/artigo/compartilhar/5106_SOBREVIVENCIA+EM+REGIME+DE+BODE+SOLTO. Acesso em: 30 jun. 2018.

9 CAMPOS, *op. cit.*

Exemplo eloquente dessas disputas é o caso da região de Areia Grande, no Município de Casa Nova (BA), habitada por quatro comunidades de fundo de pasto, totalizando cerca de 360 famílias. Em 2008, forças policiais entraram no local para cumprir uma decisão judicial que determinou sua retirada. O processo que deu causa à ação policial foi movido por dois empresários que reivindicam a posse de cerca de 25 mil hectares na região.

O território constitui desdobramento de antiga polêmica: o episódio conhecido como "Escândalo da Mandioca". Na década de 1980, a Agroindustrial Camaragibe, além de diversas outras lideranças políticas e empresariais em Pernambuco, obteve incentivos públicos para produzir álcool a partir de mandioca. Era, na verdade, engenhoso sistema para apropriação de empréstimos estatais e seguro agrícola, sob justificativa de que a seca destruía as plantações. O escândalo alçou maior nitidez quando Pedro Jorge de Melo e Silva, procurador da República que investigava o caso, foi assassinado em Olinda (PE), em 3 de março de 1982.[10]

Já na época discutia-se a autenticidade dos títulos de propriedade da empresa. Diversas famílias denunciavam sobreposição das áreas com territórios de pastoreio. Com o fim da empresa e o desenrolar do escândalo, as terras foram ocupadas novamente no sistema de fundo de pasto. Os combates ressurgiram quando os empresários adquiriram do Banco do Brasil, em 2006, os direitos sobre a dívida deixada pela mesma Agroindustrial Camaragibe.

O despejo dos moradores foi suspenso no final de 2008, após percalços vários. Por meio de laudos emitidos pela CDA, confirmou-se grilagem das terras. Infelizmente, após dois meses da boa notícia, em fevereiro de 2009, José Campos Braga, liderança local envolvida na disputa pela terra, foi executado em fortes evidências de ação de pistolagem. Um dos empresários que postulam a área é ex-diretor do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Juazeiro (BA). Desconfia-se que o interesse pelas terras de Areia Grande esteja relacionado ao mercado de agrocombustíveis, mas, sobretudo, à previsão de injeção de recursos públicos por meio de projetos como o Canal do Sertão, que pretende usar água do rio São Francisco para viabilizar a produção de etanol. O crime contra a liderança ainda não foi deslindado.

O pleito de regularização fundiária tem indiscutível importância para as comunidades de fundo e fecho de pasto, alvejadas pela permanente cobiça de

---

[10] A Procuradoria Regional da República da 5ª Região, órgão do Ministério Público Federal, mantém sítio eletrônico com registros da atuação do então Procurador da República Pedro Jorge de Melo e Silva no chamado "Escândalo da Mandioca" e dos processos correspondentes, que se encontram disponíveis em: http://www.mpf.mp.br/regiao5/atuacao/memoria-e-acao/pedro-jorge e em http://www.mpf.mp.br/regiao5/atuacao/memoria-e-acao/escandalo-da-mandioca. Acesso em: 30 jun. 2018.

suas terras, ancestralmente ocupadas em pastoril comunal. O espaço do não lugar consolida-se quando a obstaculização do reconhecimento oficial da posse desses territórios se multiplica por legislações infraconstitucionais que, a exemplo da obrigatoriedade de cercas comuns na década de 1970, outras cercas, desta vez jurídicas, são levantadas. Reconhecimento territorial pelo estado e facilitação de sua regularização fundiária são os pontos nevrálgicos para permitir preservação e manutenção de uma identidade social e de cultura, em que saberes e vivências encontram lugar físico e simbólico para a permanência humana.

PERCEPÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS NAS COMUNIDADES DE FUNDO E FECHO DE PASTO

Correntemente se compreende por direitos coletivos o conjunto de direitos que um grupo humano tem sobre determinado objeto coletivo. Não se confundem com propriedade coletiva. Enquanto esta corresponde ao fato de que mais de uma pessoa tem direito sobre o mesmo bem, o direito à propriedade é sempre individual, ainda que mais de uma pessoa o detenha. Nesse caso, é como se existissem diversos titulares, cada qual com sua porção, ainda que indivisível e sobre a propriedade, recaindo as normas habituais para o direito de propriedade individual, quando muito, sujeito às normas civis de condomínio.

Direito coletivo não se identifica com propriedade. O grupo é titular como grupo em si. Cada pessoa não tem fração de direito sobre o todo: todos detêm direito ao todo, mas ninguém tem direito apenas a parte. Ninguém pode ingressar no grupo por compra de um fragmento, por exemplo. Por isso mesmo, o direito coletivo é próprio de situações com interesses difusos comuns, como etnias, povos, clãs, ajuntamentos familiares com organização cultural e social comum.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho observa que a maioria dos sistemas jurídicos latino-americanos aceita existência de direitos coletivos, mas poucos admitem em sua prática judiciária existência do sujeito coletivo de direito.[11] Este contrassenso se realiza pelo fato de que o reconhecimento, em juízo, dos direitos coletivos tem se dado, costumeiramente, como direitos de sujeitos difusos, por isso mesmo não claramente aceitos.

Reflete o autor que, ao lado do sujeito coletivo de direito permanece um objeto, que, integrado ao patamar de bem jurídico, não integra nenhum patrimônio individual. As estruturas jurídicas latino-americanas, a partir do final da década de 1980, concebem esses bens jurídicos não patrimonializados como bens

---

[11] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A liberdade e outros direitos:* ensaios socioambientais. Curitiba: Ibap, 2011. p. 129.

ambientais ou culturais, materiais ou imateriais. Ao discorrer que "todos têm direito à coisa", na compreensão de que todos, isto é, cada um, tem direito a ela, chamam-no de direito difuso. O raciocínio constantemente faz o caminho de volta para generalizar como razoável entender que "ninguém tem direito individual sobre a coisa". O problema então torna-se definir o direito pelo objeto, independentemente do sujeito. Isto não abarca precisamente o caso das comunidades tradicionais, etnias e comunidades quilombolas, pois os direitos se conceituam coletivos por possuírem sujeitos coletivos. É o caso destas, cujo objeto jurídico se define pela existência do grupo como titular, englobando sua relação com a terra, sua organização social, línguas, crenças e cultura.

Observa Marés Souza Filho:[12]

> O não reconhecimento demonstra uma resistência do sistema aos próprios direitos coletivos, preferindo chamá-los de interesses ou mesmo caracterizá-los pelo objeto. O Direito do final do século XX resolveu proteger situações, relações e bens não integrantes dos patrimônios privados, sob a ameaça de destruição ambiental e cultural. Assim, o Direito passou a proteger florestas, animais, ecossistemas, biodiversidade, mas também bens arquitetônicos, históricos, artísticos, materiais e imateriais. Ao proteger estes bens o faz de forma genérica, sob uma teoria de que são bens sem titulares de direitos, quando muito tratam como se o titular do direito de proteção fosse todo o povo, no mais amplo sentido que a modernidade deu ao povo, titular da soberania do Estado. Daí que este titular é difuso, e, portanto, a própria ideia de que este direito de proteção ao meio ambiente e cultura seja difuso.

A visibilidade jurídica das comunidades de fundo e fecho de pasto solidificou-se a partir da década de 1980, por meio do Programa de Desenvolvimento Rural Integrado (PDRI-Nordeste). A referência textual da legislação sobre as comunidades, mais precisamente em 1982, consolidou também a nomenclatura pela qual são conhecidas. O programa colocou-as como áreas de pastoreio comunitário e atividades extrativistas e registrou que tais práticas seriam, em região de poucos recursos naturais, alternativa oportuna para sobrevivência da região.

É significativo que o documento faz referência também à gradual invasão desses territórios, menciona destruição da flora nativa e crescimento da carvoagem. Também observa alteração do sistema comunal devido a invasões que buscavam cercamento para fins especulativos. A informação é particularmente significativa quando somada ao caso citado das legislações municipais que se alastraram buscando exigir cercamento das criações, de modo a dar ensejo a disputas territoriais de pessoas estranhas às comunidades.

---

[12] SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 130.

Também em 1982 foi desenvolvido o Projeto Fundo de Pasto, com recursos do Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e do Banco Mundial. Com intenção de identificar áreas comunitárias de pastoreio, planejar sua viabilidade econômica e verificar as possibilidades de mediação e redução de conflitos, estes projetos apresentaram relatórios favoráveis à manutenção das comunidades e suas formas de existência e manejo do pastoreio, agricultura e extrativismo.[13] Três anos depois, o Instituto de Terras da Bahia (Interba) assinalou urgência da regularização fundiária para proteção de comunidades tradicionais, registrando que a regularização seria solução para o fato de que as áreas dessas comunidades vinham sendo as mais atingidas por ações de grilagem e cercamento, tanto por violência como mediante pressões econômicas evidentes.

A Constituição do Estado da Bahia, cinco anos depois, incorporou o tema, priorizando o direito de concessão de uso direto a associação legitimamente constituída e integrada por todos os seus reais ocupantes, especialmente nas áreas denominadas fundos de pasto ou fechos e nas ilhas de propriedade do estado. A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais, que veio a ser transformada no Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), em virtude do Decreto 8.750, de 9 de maio de 2016, também reconheceu tais comunidades como tradicionais e protegidas.

A articulação de movimentos de defesa das comunidades tradicionais, em especial as de fundo e fecho de pasto, bate-se há décadas para estabelecer como prioritária a regularização fundiária, empenhando-se em diversas instâncias e espaços de discussão procurando formas de preservar sua identidade produtiva, cultural e social. Mesmo na Bahia, onde a publicização desses conflitos atingiu maior força, a regularização fundiária ocorreu para menos de um quinto das comunidades reconhecidas oficialmente – o que, como apontado, pode não corresponder à totalidade das comunidades.

Mesmo permanecendo em resistência e gradualmente fortalecendo sua organização e articulação política, as respostas dos órgãos estatais não foram adequadas nem atenderam a suas iniciativas de esforços diversos. Como se não bastasse a situação de injustiça ambiental, percebem-se outros cenários secundarizados nesta narrativa, como desvalorização de seus saberes e modos de viver como patrimônio cultural e racismo ambiental, porquanto, embora algumas das comunidades sejam integradas por pessoas brancas, a predominância de sua

---

[13] BAHIA (Estado); COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E AÇÃO REGIONAL; BANCO MUNDIAL. *Projeto de desenvolvimento rural sustentável do Estado da Bahia:* Bahia produtiva. Salvador: 2014. Disponível em: http://bit.ly/2wlpwE0 ou http://documents.worldbank.org/curated/en/418501468021256605/pdf/E45300PORTUGUE00Box385192B00PUBLIC0.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018.

origem é de etnias indígenas, descendentes de quilombolas e, em especial, de pessoas vistas socialmente como mestiças ou "pardas".[14]

Decisões aparentemente pertinentes apenas a aspectos administrativos fundiários vão muito além das leituras iniciais e guardam especificidades de classe e raça que recortam aspectos tidos anteriormente apenas como constitucionais. O território como espaço de disputa de narrativas e do fazer democrático remete às reflexões de Milton Santos, de que não existe espaço global, mas um conjunto de possibilidades cuja efetivação depende das oportunidades oferecidas pelos lugares:[15]

> O território termina por ser a grande mediação entre o Mundo e a sociedade nacional e local, já que, em sua funcionalização, o "Mundo" necessita da mediação dos lugares, segundo as virtualidades destes para usos específicos. Num dado momento, o "Mundo" escolhe alguns lugares e rejeita outros e, nesse movimento, modifica o conjunto dos lugares, o espaço como um todo. É o lugar que oferece ao movimento do mundo a possibilidade de sua realização mais eficaz. Para se tornar espaço, o Mundo depende das virtualidades do Lugar.

O território pode ser o ponto de partida ou o repositório final de ações e relações. Entre elas, as complexidades dos direitos coletivos e objetos despatrimonializados exigem interpretação científica para além da leitura jurídica, a partir de olhares múltiplos que se abrem para reconhecimento real das comunidades tradicionais e para a natureza de sujeitos coletivos de direito a estes povos.

INCONSTITUCIONALIDADE DO PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO TERRITORIAL DE COMUNIDADE TRADICIONAL

O art. 3º, § 2º, da Lei 12.910, de 11 de outubro de 2013, do Estado da Bahia, limita o direito de reconhecimento a existência das comunidades de fundo e de fecho de pasto baianas. Segundo a lei, as comunidades que não protocolizarem pedido de certificação de autorreconhecimento e de regularização fundiária a partir de 2019 não mais poderão fazê-lo. Essa restrição viola os artigos 215 e 216 da Constituição da República e o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e seus efeitos transcendem os aspectos legais.

Os artigos 215 e 216 da Constituição da República preveem:

---

[14] MATHIAS, Maíra. Racismo ambiental. *Revista Poli*: *saúde, educação e trabalho – jornalismo público para o fortalecimento da educação profissional em saúde*, ano IX, n. 50, p. 31-32, mar./abr. 2017.

[15] SANTOS, Milton. *A natureza do espaço:* técnica e tempo, razão e emoção. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 271.

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. [...]
>
> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> I – as formas de expressão;
>
> II – os modos de criar, fazer e viver;
>
> III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
>
> IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
>
> V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Segundo o artigo 68 do ADCT, aos remanescentes de comunidades de quilombos que estivessem ocupando suas terras em 5 de outubro de 1988 seria reconhecida propriedade definitiva, devendo o poder público emitir-lhes os títulos respectivos.

O conflito constitucional gera indagações sobre o apagamento da importância de frações da população brasileira que permite questionar, por exemplo, a ausência de julgamento de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.783/BA até o início de 2019, apesar da urgência evidente. Esse possível aniquilamento é combatido por vozes que engrossam uma percepção imperativa e improtelável que possa vislumbrar novos direitos coletivos para sujeitos coletivos, em função de outras formas de se relacionar com territórios para além da consolidação hegemônica que rege o país como a única forma de relação possível.

Deborah Duprat, Subprocuradora-Geral da República com larga atuação na defesa de comunidades e povos sob risco, observa com sensibilidade que os territórios físicos onde estão esses grupos constituem espaços simbólicos de identidade. Por este olhar, são territórios de produção e reprodução cultural. Não são, como bem assinala, algo exterior à sua identidade, mas imanente a ela. A norma que veicula disposição típica de direito fundamental, aduz Duprat, também atua ao reconhecer a esses grupos o direito à vida compartilhada de forma significativa. Permite-lhes a eleição do próprio destino, assegura-lhes a liberdade de instaurar novos processos em que possam escolher os fins e eleger os meios

necessários para realização. A afirmação e tutela de suas próprias identidades é muito diferente de submetê-las a uma ordem pautada na homogeneidade, em que "o específico de sua identidade se perdia na assimilação do todo".[16]

Instituir limites para um direito previsto constitucionalmente sugere um interesse dissonante: criar ineficácia da proteção constitucional. Ou, como bem anota Deborah Duprat, "nenhuma maioria, sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir sobre a violação de um direito de uma minoria naquilo que diz respeito à sua própria identidade".[17]

A perda do território tradicional liga-se, de forma nítida, à supressão da identidade coletiva, com impactos gravíssimos sobre a dignidade humana. As comunidades perderão seu *locus* identitário, relacional e histórico, segundo o raciocínio de Marc Augé, e estarão condenadas a existir em não lugares, entendidos como "espaços que não são em si lugares antropológicos", lugares sem significação para sua identidade e para sua existência.[18]

A ação direta de inconstitucionalidade aponta, invocando Daniel Sarmento, o nexo entre a violação produzida por um conceito hegemônico na perda da identidade de comunidades vistas como minoritárias no jogo democrático:[19]

> Neste ponto, não é preciso enfatizar que o ser humano não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é também constituída por laços culturais, tradições e valores socialmente compartilhados. E nos grupos tradicionais, caracterizados por uma maior homogeneidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, estes aspectos comunitários da identidade pessoal tendem a assumir uma importância ainda maior.
>
> Por isso, a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas. *Mutatis mutandis*, romper os laços de um índio ou de um quilombola com o seu grupo étnico é muito mais do que impor o exílio do seu país para um típico ocidental.

---

16 PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *Breves considerações sobre o Decreto 3.912/01.* S.l., s.d. Disponível em: http://bit.ly/2w3midd ou http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83416. Acesso em: 15 mar. 2018. p. 3.

17 *Idem, ibidem.*

18 AUGÉ, Marc. *Não lugares:* introdução a uma antropologia da supermodernidade. Tradução Maria Lúcia Pereira. Campinas: Papirus, 1994. p. 73.

19 SARMENTO, Daniel. *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação.* Parecer. 9 out. 2006, p. 5. Disponível em: http://bit.ly/2vPNdF5 ou http://portovelhando.com/wpcontent/uploads/2017/04/Seminario-II-Dr_Daniel_Sarmento.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018.

Ao lado da percepção constitucional brasileira, a Convenção 169 da OIT não buscou limitar o direito territorial das comunidades tradicionais a nenhum marco temporal. Também inclui visão que privilegia a essencialidade do território para existência e reprodução dos povos e comunidades tradicionais. Define que os governos deverão respeitar a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, possui sua relação com as terras ou territórios ou com ambos, segundo o caso, que eles ocupem ou utilizem de alguma maneira e, particularmente, *os aspectos coletivos dessa relação*. Isso tem especial sentido porque, reforce-se, a forma de relacionar-se com o território é determinante para sobrevivência e manutenção de identidade de comunidades como as de fundo e de fecho de pasto, que se definem precisamente a partir de uma forma peculiar de relação com a posse partilhada do território.

Mesmo os aspectos que se somam ao uso misto dessas comunidades (individuação da agricultura de subsistência e coletividade do pastoreio e extração) têm lugar na Convenção 169. A utilização do termo "terras" nos artigos 15 e 16 deve incluir o conceito de territórios, a abranger a totalidade do *habitat* das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de outra forma. A convenção exorta os governos a reconhecer os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que as comunidades tradicionalmente ocupam. Incluem o direito de salvaguarda de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas a que tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Ao fazê-lo, sugere que se dê especial olhar à situação de povos nômades e agricultores itinerantes, por exemplo.

Publicizar essa trajetória, discutir compreensões de formas não hegemônicas de modos de viver e fazer e identificar meios para preservar direitos das comunidades tradicionais tornam-se urgentes para permitir narrativa adequada do embate jurídico e, ao questionar o limite para regularização fundiária dos territórios das comunidades tradicionais de fundo e fecho de pasto, ampliar o debate para novos processos de pensar direitos coletivos que possam atuar amplamente em favor de comunidades tradicionais, povos originários, quilombolas e diversos grupos que compõem nossa multiplicidade étnica e cultural, com respeito pleno à identidade de cada um deles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exemplo das comunidades de fundos e fechos de pasto, parte das comunidades tradicionais resistiu até a contemporaneidade em razão do isolamento geográfico em regiões onde não estiveram, por algum tempo, sujeitas a ataques expropriatórios de seus territórios. Tal situação, longe de ser considerada vantagem, relegou-as a situação de ausência estatal e mesmo a esquecimento da composição de sua presença para a totalidade da identidade brasileira.

A distância prática imposta à presença estatal trouxe também desconhecimento das normas jurídicas que poderiam oferecer proteção às suas formas de criar, fazer e viver. O grave ataque da lei estadual baiana à sobrevivência e permanência dessas comunidades não apenas viola diversos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil – como a proteção da dignidade humana (artigo 1º, III) e dos grupos étnicos que residem no País, e o direito a proteção e promoção da diversidade cultural (arts. 215, § 1º, e 216), incluindo o pluralismo político previsto no artigo 1º, V –, mas golpeia aspectos democráticos fundantes da sociedade brasileira. A não suspensão de eficácia da norma estadual afeta a possibilidade de que as comunidades tradicionais atingidas exerçam seu direito, aumentando-lhes a vulnerabilidade. Afronta também conceitos mais sutis, porém urgentes, de repensar as formas de validar e construir visões amplas sobre direitos coletivos para sujeitos coletivos no Brasil.

Considerando a taxa de congestionamento processual do Supremo Tribunal Federal, é baixa a possibilidade de que a ação seja julgada antes do término do prazo legal, mesmo que adotado o rito especial da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que trata do rito das ações diretas de inconstitucionalidade. Suspensão cautelar da eficácia da norma é indispensável e pode traduzir-se no declínio ou em novas chances de sobrevivência para as comunidades. Esta é apenas a primeira das iminências, e muitas outras decorrem, como se defendeu, desse aspecto premente.

Manutenção e aplicação de uma cultura assimilacionista típica, em que não resta lugar para coletividades fora das figuras exclusivas entre cidadãos e estado, contribuem para invisibilização, que prenuncia a extinção de diversos povos originários, tradicionais e de caracterização étnica minoritária em diferentes países.

O aspecto candente é que a característica apontada neste artigo demonstra o afastamento necessário do conceito de direito individual concebido em uma cultura constitucionalista ainda ultrapassada. Esta rejeita ampliar o olhar para os chamados direitos sem sujeitos, ou, melhor dizendo, direitos de que todos são sujeitos, de que todos têm disponibilidade, mas sem individuação, uma vez que a disposição de um seria quebra do direito de todos. A indagação não se encontra na contradição técnica aparente que funciona somente como cortina de fumaça para a verdadeira questão: a solução existe, mas, assim como as comunidades de fecho de pasto, é invisibilizada porque desagrada o velho sistema de direitos individuais que alimenta, desde tempos imemoriais, a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Denílson Moreira de; GERMANI, Guiomar. *Fundo de pasto:* um conceito em movimento. Artigo apresentado no VIII Encontro Nacional de Anpege, 2009. Disponível em: http://bit.ly/2xh4omw ou https://geografar.ufba.br/alcantara-

denilson-moreira-de-germaniguiomar-fundo-de-pasto-um-conceito-em-movimento. Acesso em: 11 mar. 2018.

AUGÉ, Marc. *Não lugares:* introdução a uma antropologia da supermodernidade. Tradução Maria Lúcia Pereira. Campinas: Papirus, 1994.

BAHIA (Estado); COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E AÇÃO REGIONAL; BANCO MUNDIAL. Projeto de desenvolvimento rural sustentável do Estado da Bahia: Bahia produtiva. Salvador, 2014. Disponível em: http://bit.ly/2wlpwE0 ou http://documents.worldbank.org/curated/en/418501468021256605/pdf/E45300PORTUGUE00Box385192B00PUBLIC0.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018.

BAHIA (Estado). Constituição do Estado da Bahia. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: https://bit.ly/2NeJABw ou http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70433/CE_BA_EC_24.pdf?sequence=11. Acesso em: 30 jun. 2018.

BAHIA (Estado). Lei 12.910, de 11 de outubro de 2013. Dispõe sobre a regularização fundiária de terras públicas estaduais, rurais e devolutas, ocupadas tradicionalmente por comunidades remanescentes de quilombos e por fundos de pastos ou fechos de pastos e dá outras providências. Disponível em: https://bit.ly/2tP4j6h ou http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-12910-de-11-de-outubro-de-2013. Acesso em: 30 jun. 2018.

CAMPOS, André. *Sobrevivência em regime de bode solto.* 3 set. 2008. Disponível em: https://bit.ly/2KC5rl3 ou https://www.sescsp.org.br/online/artigo/compartilhar/5106_SOBREVIVENCIA+EM+REGIME+DE+BODE+SOLTO. Acesso em: 30 jun. 2018.

FERRARO JÚNIOR, Luiz Antônio; BURSZTYN, Marcel. Das sesmarias à resistência ao cercamento: razões históricas dos fundos de pasto. *Caderno CRH*, v. 23, n. 59, maio/ago. 2010. Disponível em: http://bit.ly/2y1vgF5 ou https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/19108. Acesso em: 16 mar. 2018.

MATHIAS, Maíra. Racismo ambiental. *Revista Poli: saúde, educação e trabalho – jornalismo público para o fortalecimento da educação profissional em saúde*, ano IX, n. 50, p. 31-32, mar./abr. 2017.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *Breves considerações sobre o Decreto 3.912/01.* S.l., s.d. Disponível em: http://bit.ly/2w3midd ou http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83416. Acesso em: 15 mar. 2018.

SANTOS, Milton. *A natureza do espaço:* técnica e tempo, razão e emoção. São Paulo: Hucitec, 1996.

SARMENTO, Daniel. *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação.* Parecer. 9 out. 2006, p. 5. Disponível em: http://bit.ly/2vPNdF5 ou http://portovelhando.com/wpcontent/uploads/2017/04/Seminario-II-Dr_Daniel_Sarmento.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A liberdade e outros direitos*: ensaios socioambientais. Curitiba: Ibap, 2011.

Data de recebimento: 30/06/2018

Data de aprovação: 24/07/2018

TEORIA INTEGRADA DA JUSTIÇA E DIREITO DA MULHER A UMA VIDA LIVRE DE VIOLÊNCIA

INTEGRATED THEORY OF JUSTICE AND THE RIGHT OF WOMEN TO A FREE LIFE OF VIOLENCE

*Fernanda Morato da Silva Pereira**
*Juvêncio Borges Silva***

RESUMO

A pesquisa defende a implementação de políticas públicas de reconhecimento no enfrentamento da violência contra a mulher sob a perspectiva do direito a uma vida livre de violência. Aponta o alto índice de violência contra a mulher no Brasil, demonstrando a incipiência das leis, inobstante o sistema de proteção enraizado nos direitos humanos. Isso porque há internalização de ideologias discriminatórias que naturalizam o patriarcalismo e a objetificação da mulher, motivadores da violência. Destaca a teoria integrada da justiça de Nancy Fraser, para repensar a justiça unidimensional e fomentar a justiça social bidimensional, pois todo cidadão sofre diversas injustiças sociais e necessita da resposta integral do direito. Defende a criação de políticas de reconhecimento das especificidades femininas sem inferiorizá-las, combatendo o patriarcalismo e o machismo, na medida em que a mulher reconstrói sua identidade. A pesquisa orientou-se pelo método hipotético-dedutivo, lastreada em livros, artigos científicos e publicações em *sites* institucionais.

Palavras-chave: Violência contra a mulher; Teoria integrada da justiça; Reconhecimento.

ABSTRACT

The research advocates the implementation of public policies of recognition in facing violence against women from the perspective of the right to a life

* Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogada. Professora Universitária. E-mail: fernandamorato@live.com.

** Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor pela UNESP, mestre pela UNICAMP, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Licenciado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos. Professo do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professor do Centro Universitário Barão de Mauá e do Centro Educacional Hyart. E-mail: jsilva@unaerp.br.

free of violence. It points to the high level of violence against women in Brazil, demonstrating the incipience of laws, notwithstanding the system of protection rooted in human rights. This is because there is internalization of discriminatory ideologies that naturalize the patriarchalism and objectification of women, motivators of violence. It highlights Nancy Fraser's integrated theory of justice, to rethink one-dimensional justice and to foster two-dimensional social justice, since every citizen suffers various social injustices and needs the integral response of law. It defends the creation of policies of recognition of feminine specificities without lowering them, combating patriarchy and machismo, as women reconstruct their identity. The research was guided by the hypothetical-deductive method, backed by books, scientific articles and publications on institutional websites.

Keywords: Violence against women; Integrated theory of justice; Recognition.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da condição de sujeito de direitos à mulher ocorreu por meio da garantia de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O princípio da igualdade, inaugurado na Constituição Federal de 1988, estabelece a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, independentemente da condição específica da pessoa.

A legislação brasileira evoluiu para fazer cumprir esses direitos e proteger a mulher, na medida em que essa proteção alcançava nível global. As conquistas, os avanços e a evolução são evidentes. No entanto, essas previsões legais não fizeram cessar a violência contra a mulher. A violência e suas consequências reais na vida de tantas mulheres brasileiras estão na mídia diariamente, além de serem alvo de estudos científicos em diversas áreas.

O direito interno, assim como a legislação internacional, prevê direitos às mulheres por meio de um conjunto de normas, que hoje recebe a denominação de Direitos Humanos das Mulheres. Contudo, se há legislação protetiva e punitiva em nível internacional às mulheres, por que o índice de violência cresce a cada dia no Brasil?

Nesse sentido, a pesquisa pretende examinar a questão levantada, partindo da ideia de ressignificação da mulher para combater a violência doméstica, por meio de políticas públicas de reconhecimento, à luz da teoria da justiça integrada de Nancy Fraser.

Para desenvolver o estudo proposto, será apontado o índice de violência contra a mulher no Brasil, levantado em *sites* institucionais. E, em seguida, será feita análise bibliográfica, por meio da utilização da doutrina, da legislação nacional e internacional, de artigos científicos e materiais disponibilizados em *sites* institucionais.

Inicialmente, serão apontados os dados de violência. Após, a pesquisa abordará a luta feminina para reconhecimento da mulher como sujeito de direitos. Em seguida, examinará a ideologia discriminatória, fato que mantém a mulher inserida em um grupo vulnerável, e, por fim, a necessidade de políticas públicas de reconhecimento para ressignificar a mulher, no combate à violência.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

No tópico que inaugura o estudo, pretende-se indicar o número de mulheres que sofrem violência no país. Apesar de notória a situação de violência à qual a mulher é submetida, indispensável apontar números para demonstrar a relevância da temática e justificar a necessidade de analisar (e defender) políticas públicas direcionadas.

Por isso, o estudo parte do índice de violência contra a mulher no país. Utiliza-se uma pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública[1] realizada em fevereiro de 2017, em 130 municípios do país, onde a população adulta brasileira foi submetida a entrevistas.

O objetivo desse apontamento de dados é demonstrar que, apesar do avanço na legislação em favor da mulher, a realidade é bem diferente e carece (em todas as áreas) da criação e efetivação de políticas públicas. Entretanto, esse ensaio se destina a examinar políticas públicas de reconhecimento como possível solução para minimizar a violência. Não obstante, em plano secundário, que possa beneficiar a figura feminina em outros aspectos.

Isto é, este estudo não se destina a realizar coleta de dados acerca da violência, mas apontar estudo já realizado, em que é possível verificar o alto índice de violência contra a mulher no país, para que, a partir deste ponto, examine-se a origem da violência e aponte a possível solução, conforme indicado no Gráfico 1.

Realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a pesquisa alcançou 130 cidades do país, de pequeno, grande e médio porte, por meio de entrevistas com a população adulta, de todas as classes sociais, a partir de 16 anos de idade. Foram aplicados questionários estruturados a todos. Às mulheres, foi aplicado um módulo de autopreenchimento, ou seja, as entrevistadas responderam sozinhas às questões. No total, foram 2.073 entrevistas em todo o Brasil, pelas regiões Sudeste, Sul, Nordeste e Norte/Centro-Oeste.[2]

A percepção da população acerca do assunto demonstra que a violência contra a mulher aumentou na última década, pois 73% dos entrevistados afirmam esse aumento. Além disso, verifica-se que 66% dos brasileiros já presenciaram uma mulher sendo agredida física ou verbalmente em 2016. Foi possível vislumbrar que o assédio contra a mulher é rotineiro, pois 40% das mulheres entrevistadas sofreram assédio, das mais diversas formas, na rua, no transporte público ou em locais públicos.[3]

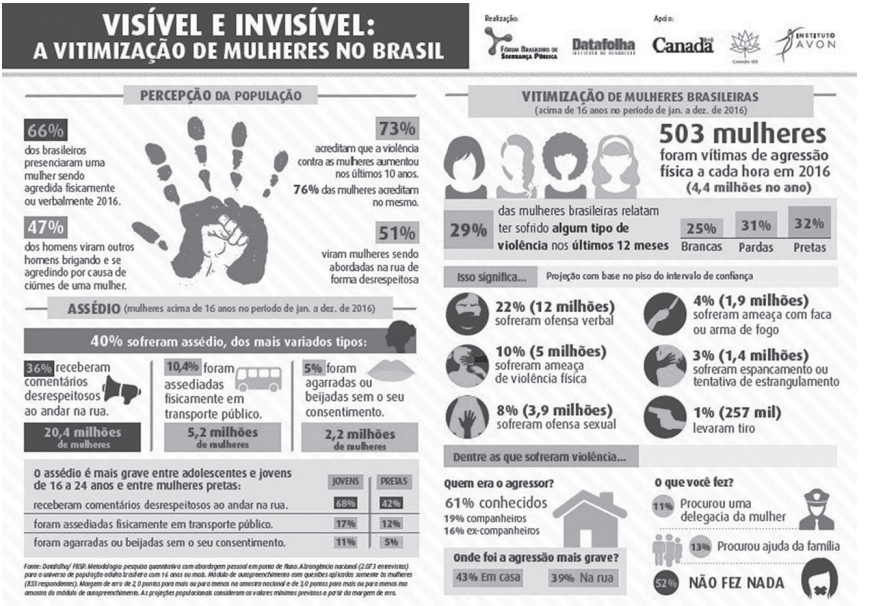
---

1 BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Visível e invisível:* a vitimização de mulheres no Brasil. Mar. 2017. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 24 jan. 2018.

2 BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Id., ibid*., p. 7.

3 BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Id., ibid*., p. 8-20.

Gráfico 1 – Gráfico da violência no Brasil.



Fonte: BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

O resultado da pesquisa indicou que 503 mulheres brasileiras foram vítimas de agressão física a cada hora no ano de 2016, no período de janeiro a dezembro. Isto é, 4,4 milhões de mulheres no ano de 2016 sofreram agressão física no Brasil; sendo que 61% dos agressores são conhecidos das vítimas e 43% das agressões ocorreram dentro de casa.[4]

Em complemento à pesquisa utilizada como parâmetro de aferição da violência contra a mulher, valem destacar os relógios da violência[5] destinados à contabilização de todos os tipos de violência contra a mulher no país. Segundo essa aferição, a cada dois segundos uma mulher é vítima de violência física ou verbal no Brasil.[6]

Em que pese a previsão normativa, a violência contra a mulher cresce diariamente no país. A Lei Maria da Penha inaugurou o combate à violência. A recente tipificação do crime de feminicídio reforça a tentativa de exterminar a violência contra a mulher. Contudo, normas punitivistas não foram capazes de reduzir o número de vítimas. A violência contra a mulher é evidente no país e principal causadora da exclusão da mulher na sociedade.

---

4 *Id., ibid., loc. cit.*

5 Os relógios da violência têm por referência a pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

6 INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Relógios da violência*. Disponível em: http://www.relogiosdaviolencia.com.br/. Acesso em: 24 jan. 2018.

Levando em conta o relógio da violência, que constata no Brasil uma mulher vítima de agressão física a cada dois segundos, passa-se ao exame da figura feminina no Brasil, à evolução do direito e às conquistas normativas.

A MULHER E O DIREITO: CONQUISTAS FEMININAS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO

Este tópico se destina a um breve apontamento histórico, social e cultural sobre a posição da mulher na sociedade e a luta feminista por igualdade de gênero para fins de direitos. O objetivo é tentar identificar os motivos que submetem a mulher ao atual (e antigo) quadro de discriminação e violência.

Sem fugir do objeto da pesquisa, que é realizar uma análise de políticas públicas de reconhecimento a partir da teoria defendida por Nancy Fraser, para efetivar o direito da mulher de ter uma vida livre de violência, percorrer essas perspectivas é necessário. Isto é, para compreender o alto índice de violência contra a mulher, é preciso analisar como é vista a figura da mulher na sociedade. Para tanto, indispensável se reportar à história.

Desde sempre, homens e mulheres recebem tratativas diferentes e desiguais, seja no contexto civil, social, econômico ou cultural, em razão do gênero. Ao nascerem, meninas são educadas para os afazeres domésticos, para serem boas esposas e boas mães, responsáveis pelo alicerce familiar, felicidade do marido e dos filhos. Concretizado esse ciclo, por meio do comportamento adequado da mulher, é promovida na sociedade a sensação de tranquilidade e paz social. Em lado oposto, os homens desbravam o mundo, conquistam posições de poder, gerenciam o lar, a sociedade e o Estado. Isto é, a mulher não exerce atividade política, apenas atividades no âmbito privado, preferencialmente doméstico.

A trajetória feminina é marcada pela busca da identidade, pela construção de um projeto de vida, que acontece dentro de um sistema patriarcal, às vistas da tradição puramente masculina. Isso significa dizer que a mulher busca construir sua identidade dentro de um sistema que privilegia os homens, não obstante atualmente seja protegida por leis específicas.

Em resumo, a história das mulheres é pautada na subserviência e obediência às regras impostas pelos homens, e sua capacidade se restringia ao âmbito doméstico, motivo pelo qual a mulher nunca pôde participar dos negócios do Estado e reivindicar, na esfera pública, a garantia de direitos.[7] A mulher sempre teve que ser fiel cumpridora dos bons costumes, ser uma esposa carinhosa e obediente, uma mãe zelosa e exemplo na sociedade.

---

[7] LOPES, Aline Luciane. A mulher e a construção da cidadania na perspectiva dos direitos humanos. *Revista Argumenta – UENP,* Jacarezinho, n. 15, p. 223-237, 2011. p. 225.

A mulher não participava (e ainda não participa ativa e efetivamente) da vida política. Logo, os reflexos são inevitáveis. Se a mulher não está na política, não se criam leis com capacidade de efetivação no plano da realidade. Esse tratamento diferenciado entre homens e mulheres advém de questões biológicas e de gênero. Por isso é válido diferenciar questões biológicas e de gênero.

Sexo se refere às diferenças físicas e biológicas entre homem e mulher, enquanto gênero designa características socioculturais esperadas de cada sexo. Essas características socioculturais são resultado da construção social, por meio da representatividade.[8] A categoria "gênero" foi utilizada inicialmente em substituição ao termo "mulheres", no intuito de legitimá-las no campo acadêmico. Logo, passou a ser o conceito das relações sociais entre os sexos, eliminando as justificativas biológicas, para excluir a subordinação da mulher aos homens.[9]

Segundo critérios biológicos e de gênero, mulheres devem respeitar determinadas regras, assim como o homem. Essa separação por gênero dificultou a conquista de direitos às mulheres, uma vez desconsiderada a condição da mulher como sujeito de direitos.

A desigualdade atrasou o reconhecimento da cidadania para as mulheres, e, por isso, são consideradas parte de um grupo vulnerável, pois receberam a titularidade de direitos tardiamente, uma vez que homens e mulheres sempre foram considerados diferentes para a determinação da condição de sujeito de direitos.

As mulheres, assim como crianças, negros, pobres, indígenas e demais grupos vulneráveis, são marginalizadas, pois não exercem relações de poder na sociedade, pois falta representatividade política. Esses grupos sociais vulneráveis são considerados minoria política, pois estão à margem da sociedade, e, por isso, não conseguem exercer seus direitos da mesma forma ou intensidade que as pessoas que não estão à margem o fazem.

Minoria política[10] nada mais é do que grupos de pessoas marginalizadas por fatores culturais, históricos ou sociais. Com relação à mulher, isso não significa um exame quantitativo, mas necessariamente qualitativo. Isso porque, numa análise quantitativa, o resultado será uma proporção numérica equivalente entre

---

8 CEDAW. Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Recomendação geral n. 28*. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf. Acesso em 12 dez. 2017.

9 SIQUEIRA, Maryluze Souza Santos. *Mulher e cidadania:* uma questão de gênero. IV Congresso Sergipano de História e IV Encontro Estadual de Histórica da ANPUH/SE. Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe, out. 2014. p. 5.

10 CYFER, Ingrid. Feminismo, identidade e exclusão política em Judith Butler e Nancy Fraser. *Revista Ideias do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp,* Campinas, v. 8, n. 1, p. 247-274, jan./jun. 2017.

homens e mulheres. No entanto, esses grupos, incluindo as mulheres, não estão presentes nos locais onde se exerce o poder, não participam ativamente da política e dos negócios do Estado.

Os movimentos feministas surgiram com importante objetivo, qual seja reconhecer a igualdade entre os gêneros. A primeira batalha para construção da identidade feminina foi pela alfabetização, momento em que se tornou possível exigir a presença da mulher no âmbito público.

O ingresso da mulher no estudo universitário oportunizou a ampliação da visão feminina e, nessa esteira, outros direitos foram assegurados na medida em que a mulher ocupava seu lugar na sociedade, a exemplo da institucionalização do divórcio, garantia que motivou a busca por um novo projeto de identidade e autonomia. E nessa árdua busca para tornar-se um novo sujeito, a mulher se apropria do seu corpo, momento em que explode o combate à violência contra a mulher, com proteção legal positivada em 2006, por meio da Lei Maria da Penha.[11]

A primeira onda do feminismo se firmou no Brasil na década de 1970, reivindicando a emancipação e liberação das mulheres, que lutou pela participação política das mulheres, questões relacionadas à sexualidade, à saúde e à violência. O voto feminino foi um marco na história da cidadania feminina. Em 1932, o direito de votar foi conquistado, mas apenas em 1934 ele se tornou obrigatório.

Para Simone de Beauvoir,[12] a construção da identidade feminina se justifica, porque "a mulher, ao viver em função do outro, não tem projeto de vida próprio, uma vez que atua a favor do patriarcado, sujeitando-se ao homem, agente e protagonista da história".

O maior legado dos movimentos feministas, na busca pela igualdade de direitos entre os gêneros, foi exatamente a construção de um projeto de vida à mulher brasileira, como coletividade, para firmá-la como sujeito de direitos e deveres sociais reconhecidos, dentro de uma sociedade igual e justa.

A mulher conquistou direitos concretos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio da positivação do princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, independentemente da condição. Até a promulgação do Código Civil de 2002, o pátrio poder previsto no Código Civil de 1916[13] foi utilizado para conceder ao homem o poder de dominação sobre as

---

[11] MAGALHÃES, Lúcia Cardoso de. A cidadania da mulher, uma questão de justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região,* Belo Horizonte, v. 35, n. 65, p. 23-46, jan./jun. 2002. p. 23.

[12] BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo:* fatos e mitos. Tradução de Sergio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. p. 307.

[13] BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 dez. 2017.

mulheres. Isto é, o pai ou o marido exerciam poder sobre a filha ou esposa, assim como sobre os filhos. Sem poder de decisão ou de contribuição no lar, a mulher não decidia sobre sua vida, sequer participava da criação dos filhos, vivendo sem projeto de vida, sem identidade, sem cidadania.

O direito de votar, conforme citado anteriormente, tornou-se obrigatório apenas em 1934. O Estatuto da Mulher Casada de 1962[14] permitiu que a mulher exercesse um ofício sem autorização do marido, além de prever a contribuição da mulher na condução do casamento e na criação dos filhos.

A Lei do Divórcio[15] trouxe consideráveis alterações: substituiu o desquite por separação judicial, permitindo a ruptura do vínculo conjugal, facultou a adoção do nome do varão e consagrou o regime da comunhão parcial de bens.

As leis evoluíram à luz da igualdade, apesar da dificuldade de efetivação no plano real. Mas foi a Lei Maria da Penha que trouxe aparato internacional quando se trata do direito da mulher de viver uma vida livre de violência. No combate à discriminação, sob o viés dos direitos humanos, criou instrumentos de proteção específicos para mulheres vítimas de violência doméstica.

Em âmbito internacional, cabe destacar a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, a Convenção do Belém do Pará, de 1994, que reconheceu a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, como grave violação aos direitos humanos, fator que limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.[16] Isto é, uma mulher submetida à violência não tem condições de exercer seus direitos fundamentais em sua plenitude.

A última conquista feminina na busca pela erradicação da discriminação e violência foi a positivação do feminicídio, por meio da Lei n. 13.104, de 2015, que altera o Código Penal, para prever o crime cometido contra a mulher em razão do gênero feminino como circunstância qualificadora, com aumento de pena quando o crime for cometido à vítima em estado gestacional ou três meses após o parto, menor de 14 anos ou maior de 60 anos, pessoa deficiente ou na presença de descendente ou ascendente. Além disso, passou a integrar o rol dos crimes hediondos da Lei n. 8.072/90.

A trajetória feminina brevemente demonstrada aponta a dificuldade da mulher de conseguir alcançar seu espaço no sistema patriarcal, a partir de sua

---

14 BRASIL. *Estatuto da Mulher Casada*. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 30 dez. 2017.

15 BRASIL. *Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 30 dez. 2017.

16 PIOVESAN, Flávia. *A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, ed. especial, 2012. p. 78.

própria identidade e projeto de vida. Apesar das duras penas, as mulheres, aos poucos, avançaram. A titularidade de direitos foi reconhecida, embora atrasada. A razão: a questão de gênero que desiguala homens e mulheres até hoje. Flávia Piovesan acrescenta, reforçando

> (...) o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público.[17]

No entanto, questiona-se: há positivação de direitos específicos, que visam erradicar e punir a violência contra a mulher, tendo em vista o reconhecimento tardio da condição de sujeito de direitos (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais) à mulher, mas por que a mulher ainda é considerada minoria política?

A resposta é encontrada no tripé ideologia discriminatória, preconceito e discriminação. Conforme Maíra Cardoso Zapater, ideologia discriminatória é um conjunto de crenças que propagam a inferioridade de determinado grupo. O ser humano em geral cresce submetido a essa ideologia discriminatória e aprende que os grupos são diferentes (negros, mulheres, crianças, indígenas etc.). Logo, acredita que esses grupos são inferiores. Isto é, a ideologia discriminatória resulta na internalização de conceitos machistas, que menosprezam e inferiorizam a mulher, desqualificando-a como sujeito detentor de direitos.[18]

Internalizada a crença de inferioridade em relação à mulher, nasce o preconceito, que é o julgamento. O julgamento resulta na discriminação, que é uma ação decorrente do julgamento preconceituoso. A lei atuará no momento em que ocorre a ação discriminatória.

Por isso, desconstruir os papéis a partir do sexo promove a construção de uma nova identidade, pois toda forma que vemos no mundo é uma questão de representação, isto é, uma nova identidade é construída a partir da representatividade.

---

17 PIOVESAN. Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

18 ZAPATER, Maíra Cardoso. *A constituição do sujeito de direito mulher no direito internacional dos direitos humanos*. Seminário FESPSP. Incertezas do trabalho. GT 03 – Direitos Humanos, política e trabalho, 02-05 out. 2017. Disponível em: http://www.fespsp.org.br/seminarios/anaisVI/GT_03/Maira_Cardoso_GT03.pdf. Acesso em: 15 dez. 2017.

> Esta representação não é uma simples duplicação mental ou simbólica da identidade, mas é resultado de uma articulação entre a identidade pressuposta (derivada, por exemplo, do papel social), da ação do indivíduo e das relações nas quais está envolvido concretamente.[19]

Não obstante o sistema político reconheça a mulher como sujeito de direitos, o exercício da cidadania feminina não é pleno, haja vista o alto índice de agressões por ela sofrido. Violência física, sexual, patrimonial, psicológica, moral, em âmbito doméstico ou público violam os direitos humanos fundamentais. Nem todo o aparato jurídico, interno e externo, foi capaz de minimizar a violência, sinal de que leis punitivistas são incipientes.

A mulher e o direito a uma vida livre de violência

Hoje, a mulher recebe proteção a nível global e tem o direito a uma vida livre de violência garantido no rol dos direitos humanos. Essa conquista é fruto da participação dos movimentos feministas em Conferências Internacionais, somado à incessante busca pelo reconhecimento da mulher como sujeito de direitos.

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos passaram por uma reconstrução à luz da proteção supranacional, para alcançar todos os indivíduos, de modo a universalizar direitos e evitar nova ruptura, que negue o ser humano.

A Organização das Nações Unidas foi criada para centralizar essa reconstrução de direitos devastados pela guerra, com base na cooperação internacional pela paz.[20] Em 1948, a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos[21] e a 1ª Conferência Internacional da Mulher[22] de 1975 dão início à construção da normatização dos direitos humanos das mulheres. As Conferências Mundiais das Mulheres ocorridas entre 1975 e 1995 também foram determinantes no processo de construção dos direitos humanos das mulheres.

Em 1979, é criada a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, cujos objetivos precípuos são erradicar a discriminação e assegurar a igualdade entre os sexos.[23]

---

19 TORRES, Cláudia Regina Vaz. Sobre gênero e identidade: algumas considerações teóricas. *In:* FAGUNDES, Tereza Cristina Pereira Carvalho (org.). *Ensaios sobre identidade e gênero*. Helvécia, 2000.

20 ONU – Nações Unidas. Disponível em: http://www.onu.org.br/. Acesso em: 23 dez. 2017.

21 DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017.

22 *1ª Conferência Internacional da Mulher*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/. Acesso em: 23 dez. 2017.

23 Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 23 dez. 2017.

Algumas críticas são destinadas à Convenção, no sentido de que seu propósito é, notadamente, aumentar o bem-estar da sociedade e da família, além de promover o desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviços ao seu país e à humanidade, no momento em que a Convenção consolidou o termo "mulher convencional", que remete à ideia de mulher tradicional ou conservadora.[24] Isto é, a violação da dignidade da mulher não foi suficiente para justificar a criação de um aparato de proteção internacional.

Nesse sentido, Flávia Piovesan afirma que "a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher enfrenta o paradoxo de ser o instrumento que recebeu o maior número de reservas formuladas pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos".[25]

O Comitê da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) adotou a Recomendação Geral sobre a violência contra a mulher, ao dispor que "a violência doméstica é uma das mais insidiosas formas de violência contra mulher. [...] A falta de independência econômica faz com que muitas mulheres permaneçam em relações violentas. [...] Estas formas de violência submetem mulheres a riscos de saúde e impedem a sua participação na vida familiar e na vida pública com base na igualdade".[26]

À luz da internacionalização dos direitos humanos, foi a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 que, de forma explícita, afirmou, em seu parágrafo 18, que os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.[27]

Mais tarde, em 1994, nasce a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, conhecida como Convenção do Belém do Pará, para reconhecer que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.[28] Além de definir o que é violência contra as mulheres, a Convenção reconheceu toda forma de discriminação e violência como uma violação aos direitos humanos. Estabeleceu como deveres dos Estados signatários a criação de condições reais de rompimento do ciclo de violência identificado contra mulheres em escala mundial.

Embora existam críticas em relação ao fundamento para normatização da proteção às mulheres, no combate à discriminação de gênero e na promoção da

---

24 ZAPATER, Maíra Cardoso. *Op. cit.*, p. 9.

25 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 202.

26 CEDAW. Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Recomendação geral n. 19.* Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017.

27 PIOVESAN, Flávia. *A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres.* Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, ed. especial, 2012. p. 70-89.

28 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 78.

dignidade, por meio da efetivação da cidadania, inegável o considerável avanço no reconhecimento da mulher enquanto sujeito de direitos. Uma luta global, que resultou no rol de direitos humanos positivados às mulheres.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE RECONHECIMENTO E O DIREITO A UMA VIDA LIVRE DE VIOLÊNCIA

O objeto do estudo é relacionar políticas públicas à teoria de Nancy Fraser para efetivar o direito da mulher a uma vida livre de violência. Como solução à problemática, será apontada a política de reconhecimento como resposta à ideologia discriminatória.

Por isso, no subtópico seguinte, será feita breve explanação sobre a teoria integrada da justiça, proposta pela filósofa e pensadora feminista Nancy Fraser. E, em seguida, será defendida a política pública de reconhecimento como instrumento para garantir a efetivação do direito a uma vida livre de violência.

A teoria integrada da justiça, de Nancy Fraser

A teoria de Nancy Fraser busca uma concepção de justiça social. Para ela, os conflitos da era pós-socialista dificultam a formulação de uma concepção de justiça que alcance as especificidades e desafios do mundo contemporâneo, que teve como carro-chefe da mobilização política a questão das identidades grupais, como as bandeiras de nacionalidade, etnicidade, raça, gênero e sexualidade.

Em sua teoria, identifica o dilema entre as políticas econômicas de redistribuição e as políticas culturais de reconhecimento. Além disso, a autora apresenta soluções para superar o referido dilema, que seria uma concepção bivalente de justiça, a "teoria integrada da justiça". Para ela, grande parte das teorias de justiça desenvolvidas nos últimos 50 anos parte basicamente de dois pressupostos: reconhecimento e redistribuição.

A redistribuição (de renda e das riquezas), segundo ela, ocorre quando se constata que a injustiça social tem natureza essencialmente econômica, em razão da hierarquização de classes. Assim, os problemas sociais enfrentados pelos grupos minoritários decorrem fundamentalmente da estratificação de classe.

O sistema capitalista promove a hierarquia de classes entre os diferentes grupos, ou seja, as pessoas que são economicamente privilegiadas têm acesso às oportunidades, enquanto as pessoas que não têm essas oportunidades permanecem em situação de subordinação.

Essa forma de capitalismo acaba gerando desigualdades de classe não apenas no mesmo momento histórico, mas também acaba atingindo gerações futuras. Essa teoria foi criada a partir da crítica marxista ao sistema capitalista (para Marx, esse sistema gera desigualdade porque reproduz a hierarquia entre classes sociais).

Injustiça socioeconômica nada mais é do que a exploração, marginalização econômica e privação de um padrão econômico aos grupos vulneráveis.

O reconhecimento, por sua vez, segundo a autora, parte da ideia de que diferentes grupos são injustiçados porque fazem parte de grupos sociais específicos, nos quais a própria sociedade, por meio do discurso religioso, científico, homofóbico, racista e sexista, cria esses grupos diferentes (evidente distanciamento do padrão). Logo, os problemas de injustiça são, na verdade, criados pelo fato de que essas pessoas não têm a mesma respeitabilidade (*status* cultural) que os grupos sociais dominantes possuem. E, para que seja alcançada uma sociedade justa, precisam ser transformados os padrões culturais responsáveis pela representação e reprodução da imagem de que esses grupos, por serem diferentes, não merecem a mesma respeitabilidade que os grupos dominantes.

A injustiça cultural deriva da exigência de padrões sociais criados pela representação, interpretação e comunicação. O padrão cultural resulta em dominação cultural, não reconhecimento e desrespeito. Neste ponto, Nancy Fraser, ao defender a teoria integrada da justiça, depara-se com um dilema, qual seja o reconhecimento reivindica as especificidades de cada grupo social, valorizando as diferenças, enquanto a redistribuição visa promover a homogeneização.

Em síntese, valem destacar, ainda, os modos típicos-ideais de coletividade salientados pela autora. Segundo ela, para cada coletividade se aplicará um remédio. O modo típico-ideal, que é a existência da coletividade com base na economia-política, são modos de coletividade que se ajustam ao modelo redistributivo de justiça. Neste modelo, todos os casos de injustiças (inclusive cultural) resultam da má distribuição socioeconômica, por exemplo, o sistema capitalista e a exploração de classes. Neste caso, não se quer reconhecer o proletariado, mas excluir esse grupo, por meio da redistribuição político-econômica e reestruturação da economia-política.

Modo tipo-ideal são modos de coletividade que se relacionam com o modelo de reconhecimento de justiça. Neste caso, todas as injustiças, inclusive econômica, estão enraizadas na estrutura cultural-valorativa. Para ela, a raiz da injustiça é o não reconhecimento cultural. A exemplo da sexualidade menosprezada, em que o heterossexismo tem normas que privilegiam heterossexuais, enquanto a homofobia é a desvalorização da homossexualidade. O remédio para essa injustiça é o reconhecimento cultural por meio da superação da homofobia, do sexismo e de práticas que privilegiam heterossexuais, isto é, reconhecer homossexuais como um modo legítimo de sexualidade.

Cita, ainda, os modelos híbridos, que são coletividades ambivalentes, ou seja, grupos de pessoas que estão sujeitas a ambas as injustiças, econômica e cultural, casos que se ajustam simultaneamente em ambos os modelos de justiça. Neste caso, a coletividade é afetada pelas estruturas político-econômica e cultu-

ral-valorativa por injustiças socioeconômicas e pelo não reconhecimento cultural. Logo, nenhum remédio isolado é suficiente, por isso a necessidade da teoria integrada de justiça, a ambivalência de remédios.

Nancy Fraser afirma existir uma perpetuação de mecanismos que têm objetivo de manter privilégios nas mãos dos homens brancos, heterossexuais e ricos. Até porque, segundo ela, as ações afirmativas não conseguem promover a inclusão de toda a comunidade, porque cada grupo é composto por pessoas de diferentes gêneros, orientação sexual, classes econômicas etc., ou seja, há uma perpetuação de práticas sociais que mantêm esses grupos numa situação de subordinação econômica.

Para ela, o alcance da justiça depende da formulação do princípio que possibilite compreender como esses diferentes elementos, a desvantagem material e a desvantagem cultural (redistribuição e o reconhecimento), correlacionam-se para promover a subordinação do grupo como um todo.

Ela cita como exemplo a escravidão, que foi um sistema de exploração econômica, com base em uma ideologia racial, responsável pela marginalização econômica dos negros. Mas a questão de classe (de marginalização econômica) não é suficiente para explicar o problema de injustiça. Isso porque as pessoas negras não sofrem apenas com a má redistribuição de renda, mas também com o (não) reconhecimento, ou seja, com o problema da oficialização da circulação constante de estereótipos negativos sobre pessoas de ascendência africana, o que causa também a discriminação e promove a estratificação social.

É o mesmo caso da institucionalização da ideia de que homossexuais são pessoas desmoralizadas e anormais e, em função disso, não merecem autonomia para construir uma vida privada. Logo, a discriminação cultural que eles sofrem na sociedade também causa a sua marginalização, ou seja, injustiças baseadas no não reconhecimento também promovem a marginalização material.

Em alguns casos, por exemplo, na marginalização econômica, o problema da redistribuição está mais claro, contudo é preciso levar em conta que os pobres não têm respeitabilidade na sociedade brasileira, pois essa respeitabilidade no Brasil é uma característica exclusiva de pessoas brancas de classe alta.

Nancy Fraser afirma que, independentemente da forma como um grupo é discriminado, a questão da redistribuição e reconhecimento está sempre presente. Por isso, para ela, é preciso formular uma teoria da justiça que incorpore esses dois elementos, ou seja, uma teoria da justiça de caráter bivalente. Ela quer dizer que todas as demandas de justiça formuladas no mundo contemporâneo pelos diferentes movimentos sociais, de alguma forma, estão baseadas nos problemas de redistribuição e reconhecimento, e isso significa que as autoridades precisam criar políticas públicas que promovam as duas coisas.

Ela propõe a ideia de paridade de participação, isto é, do ponto de vista da redistribuição (as pessoas não têm acesso às mesmas oportunidades materiais), paridade participativa de caráter objetivo, ou seja, criar condições objetivas. Isso quer dizer que o exercício democrático, o pertencimento a uma sociedade, a integração social dependem do acesso a condições mínimas de existência (direitos sociais: educação, saúde, moradia etc.).

À luz do reconhecimento necessário, criar na sociedade uma consciência para garantir condições subjetivas de paridade de participação. Para Nancy Fraser, o respeito é o tema central da sociedade democrática. As pessoas desenvolvem um senso de dignidade na medida em que elas vivem em um ambiente que garante direitos. A dignidade, a subjetividade e o senso de valor são construídos a partir do reconhecimento do outro, e, na proporção que a sociedade o reconhece como uma pessoa digna e que merece participar do processo democrático nas mesmas condições, ela poderá desenvolver sua individualidade da melhor forma possível. Para que essas condições subjetivas de paridade de participação sejam alcançadas, é preciso desconstruir padrões culturais que são responsáveis pela reprodução de estereótipos.

A autora conclui afirmando que ações afirmativas são importantes, mas não suficientes para promover a inclusão social dos grupos vulneráveis, elas devem atuar simultaneamente com políticas universais que promovam a redistribuição para a comunidade como um todo. Segundo ela, teorias não são capazes de resolver os problemas das injustiças sociais, uma vez que todos os tipos de injustiças se cruzam de modo a afetar os interesses e as identidades de todos, porque ninguém integra uma só coletividade.

Políticas públicas de reconhecimento e a violência contra a mulher

Mais da metade da população brasileira é constituída de mulheres.[29] Contudo, elas ainda são consideradas minoria política, conforme abordagem em tópico anterior, devido a sua submissão aos estereótipos de gênero.

O avanço é notório e relevante. Mas vale destacar que o avanço da mulher branca e heterossexual perde o sentido quando comparado à luta das mulheres negras e homossexuais, que continuam submetidas ao sistema patriarcal, capitalista e machista. Neste caso, além do não reconhecimento, há desigualdade material.

No entanto, o objeto é trabalhar o direito a uma vida livre de violência destinado às mulheres como um grupo de minoria política. Não cabe neste ensaio

---

[29] IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Porcentagem de homens e mulheres (2015)*. Disponível em: https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacoa/quantidade-de-homens-e-mulheres.html. Acesso em: 28 jan. 2018.

distinguir as lutas feministas, em razão das especificidades, pois ficaria incipiente. O tema merece estudo próprio e aprofundado.

A mulher ainda é considerada minoria política, em razão da ideologia discriminatória que está internalizada não só no público masculino, mas notadamente no feminino. A ideologia discriminatória é perceptível no modo de criação da maioria das pessoas. As piadinhas e conceitos enraizados se transformam em preconceito e resultam na discriminação, momento de atuação do direito.

O papel do direito é reconhecer as vulnerabilidades sociais e atuar como agente de modificação social e não apenas como agente punitivista. Leis que punem os que praticam violência contra a mulher não são capazes de mudar a mentalidade do povo. Por isso, são indispensáveis políticas públicas voltadas às especificidades de cada cidadão. E, nesse sentido, o Estado exerce papel principal na formação de políticas públicas de desenvolvimento.[30]

Para cessar a discriminação, Fraser propõe a adoção de políticas de reconhecimento, uma vez que a injustiça social sofrida pelas mulheres não seria remediada com a redistribuição, mas necessariamente com o reconhecimento.

O ideal é que políticas públicas sejam criadas a partir da participação popular, para que sua implementação no plano da realidade seja efetivada. Contudo, a realidade no Brasil é a ausência por completo da participação do povo nos negócios do Estado. Não há consciência da população acerca de seus deveres, logo, não há exercício pleno da cidadania.

Se o povo não consegue (ou não quer) participar da condução da máquina pública, não pode o Estado isentar-se. No que se refere à mulher, o Estado deve criar políticas públicas pautadas no reconhecimento da figura feminina como sujeito de direitos, uma vez que punir o agressor não é suficiente para exterminar a cultura da violência contra a mulher.

A construção da identidade feminina como um projeto de vida da mulher é imprescindível nesse processo. Políticas públicas para desconstruir padrões sexistas e amparar o reconhecimento da identidade feminina são determinantes.

No tocante ao direito da pessoa de construir sua identidade à luz de políticas públicas de reconhecimento, para alcançar o desenvolvimento pleno da personalidade, vale destacar o diálogo de Habermas com os ensinamentos de Amy Gutmann, ao defender a ideia de que o reconhecimento público dos seres humanos como iguais pode requerer duas formas de respeito, são eles: "a) reconhecimento da identidade intransferível de cada indivíduo, não importando o

---

[30] BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do estado. *In:* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas p*úblicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

sexo, raça ou etnia; b) reconhecimento da cultura dessa pessoa, devendo-se respeitar seus costumes e maneira de ver e viver o mundo".[31]

É flagrante a necessidade de repensar a justiça social e ultrapassar aspectos estritamente econômicos para proporcionar à mulher conteúdos relativos à sua identidade, uma vez que políticas de reconhecimento defendem a construção intersubjetiva do sujeito. Nesse sentido, Nancy Fraser destaca que a "concretização da justiça social não deve limitar-se a políticas de redistribuição, mas igualmente, fomentar o reconhecimento das minorias".[32]

A intenção não é rejeitar ou desvalorizar políticas de redistribuição, pois são igualmente necessárias. Mas, sobretudo, fazer acontecer políticas de reconhecimento que valorizem as especificidades das diferentes identidades, até porque, para Fraser:

> [...] a polarização dos dois tipos de política deve ser rejeitada, visto serem insuficientes quando adotadas isoladamente. Desse modo, propõe uma concepção bidimensional da justiça social, de forma a coordenar as reivindicações de igualdade social e de reconhecimento da diferença, o que constitui, sem dúvida, uma tarefa complexa.[33]

Contudo, inegável a complexidade de implantar a justiça social bidimensional proposta por Nancy Fraser, pois, conforme analisado em item específico, depara-se com um conflito quando se verifica que a redistribuição no plano político está associada a reivindicações socioeconômicas e o reconhecimento às demandas de grupos vulneráveis. Esse conflito dissocia e obscurece a importância das distintas lutas. Isto leva a crer na necessidade de repensar a justiça integrada e modificar a percepção unidimensional da justiça social para torná-la efetiva. Nas palavras de Fraser:

> A política de redistribuição, como a compreendo, engloba não só as orientações centradas em classes sociais, como o liberalismo do New Deal, a social democracia ou o socialismo, mas aquelas formas de feminismo e antirracismo que vislumbram as reformas socioeconômicas como o remédio para as injustiças de gênero e étnico-raciais. Portanto, é mais ampla do que a política de classe no sentido convencional. A política de reconhecimento, em contraste, engloba movimentos visando a revalorizar identidades injustamente depreciadas, por exemplo, o feminismo cultural, o nacionalismo cultural negro e a política de identidade homossexual, mas também tendências desconstrutivas, como a *queer politics*, a política "racial" crítica e o feminismo desconstrutivista,

---

31 HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro:* estudios de teoría política. España: Paidós, 1999.
32 FRASER, Nancy. *Op. cit.*, p. 168.
33 *Id., ibid., loc. cit.*

> que rejeitam o "essencialismo" da política da identidade tradicional. Assim, é mais ampla que a política da identidade no sentido convencional.[34]

Conforme já examinado, sobre a complexidade Nancy Fraser destaca quatro diferenças entre os paradigmas populares das políticas de redistribuição e reconhecimento: concepções diferentes de injustiça; diferentes soluções para a injustiça; concepções diferentes das coletividades que sofrem as injustiças e ideias diferentes em relação aos dois grupos.[35]

Em suma, para Fraser, as diferenças entre os paradigmas não são dicotômicas, logo, em alguns casos, a redistribuição enquanto política pública será suficiente para resolver a desigualdade econômica, enquanto o reconhecimento poderá solucionar diversos problemas derivados das desigualdades identitárias. Todavia, haverá casos em que será indispensável a soma destas duas políticas públicas.

É preciso criar políticas públicas de reconhecimento que ressignifiquem a mulher enquanto sujeito de direitos. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega sobre a "ressignificação do quilombo e o resgate dos rastros" utiliza a expressão "esquecimento por apagamento dos rastros", ou seja, o esquecimento dos quilombos nas áreas sociais, culturais e institucionais. Ela afirma que os rastros foram apagados porque a sociedade não quer ver sujeira em sua história, não quer enxergar o quilombo para esquecer o erro ou o que dele sobrou (preconceito e negação). A solução, para ela, é resgatar o esquecido e impor respeito, conferindo a dignidade de um povo que foi perdida no tempo e no contexto histórico. Contudo, essa dignidade só será alcançada com a afirmação institucional do quilombola. Essa afirmação, por sua vez, depende de ordens de reconhecimento, que excluíram os quilombolas dos sistemas. Por isso, indispensável a ressignificação a partir do constitucionalismo latino-americano, pois ele inicia o processo de lembranças e reconhecimento.[36]

A linha defendida por Tarrega pode ser utilizada de forma analógica para o caso da mulher. O direito a uma vida livre de violência só será possível quando políticas de reconhecimento ressignificarem a mulher e lhe conferirem afirmação institucional.

Reconhecer culturalmente as especificidades da mulher atribuindo aspectos valorativos, ressignificando sua figura em âmbito público e privado, afir-

---

34 FRASER, Nancy. *Op. cit.*, p. 169.

35 *Id., ibid.*, p. 169-171.

36 TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega. Ressignificação do quilombo pelo resgate dos rastros no constitucionalismo democrático latino-americano. *In:* Alice Strange Mirrors, Unsuspected Lessons, p. 149-158.

mando-a institucionalmente, são ações também defendidas por Kimberlé Williams Crenshaw.

A teoria interseccional desenvolvida e introduzida por Crenshaw visa reconhecer a todas as pessoas múltiplas identidades (homens, mulheres, pobres, ricos, heterossexuais, homossexuais, judeus, cristãos etc.) e o pertencimento dessas pessoas depende de como elas experimentam essas diferentes identidades. A teoria interseccional busca verificar sistemas de opressão e repressão, seja de gênero, classe, raça, religião, casta, idade, etnia ou orientação sexual, para compreender como as causas da desigualdade estão vinculadas às várias áreas.[37]

A mulher busca o direito como resposta integral da lei, ela não busca um direito único, específico, mas, sim, a justiça social. Logo, busca pela justiça integrada, defendida por Nancy Fraser. No entanto, no que se refere ao direito a uma vida livre de violência, políticas de reconhecimento que ressignifiquem e valorizem as especificidades da mulher são necessárias.

É preciso romper com a ideologia preconceituosa e discriminatória internalizada acerca da mulher, visando ressignificá-la para tornar possível o respeito à mulher como ser humano digno. A violência precisa ser combatida. As mulheres brasileiras precisam de políticas que reconheçam suas especificidades, para mudar a mentalidade cultural que promove a objetificação da mulher, que naturaliza o machismo e autoriza o domínio do corpo feminino e a agressão física.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa apontou estudos quantitativos acerca da violência contra a mulher no Brasil que demonstram o alto índice de violência (de todos os tipos e em todas as classes), não obstante a mulher receba hoje proteção a nível global.

Verificou-se que o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos foi árduo e tardio, resultado do tratamento desigual entre homens e mulheres, momento em que os movimentos feministas merecem destaque especial, uma vez que exerceram forte influência na concretização dos direitos humanos das mulheres.

A diferença entre os gêneros é um reflexo do sistema patriarcal e capitalista e vice-versa. O ambiente público é dominado pelo gênero masculino. E foi nesse ambiente que a mulher se afirmou enquanto sujeito de direitos. Contudo, a vio-

---

[37] CRENSHAW, Kimberlé Williams. *A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero*. Cruzamento: raça e gênero. Painel 1. Disponível em: http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018.

lência é um fator impeditivo do exercício dos direitos fundamentais da mulher em sua plenitude.

Combater a violência contra a mulher é preciso. O direito reconheceu essa vulnerabilidade social e criou leis punitivistas. A Lei Maria da Penha e o crime de feminicídio são resultados normativos na busca pelo fim da violência contra a mulher. Porém, punir não basta. Isso porque há a internalização da ideologia discriminatória, que autoriza a objetificação da mulher e naturaliza atos de violência.

Além do aparato judicial, é imperioso mudar a mentalidade. Entra em ação o papel do Estado como criador de políticas públicas. Repensar a justiça social e implementar a justiça bidimensional é o ideal, como defendido ao longo do texto, uma vez que a mulher, enquanto minoria política, não busca um único direito, mas sua universalidade.

Contudo, no tocante à violência em razão da internalização de conceitos estereotipados machistas e preconceituosos, que autorizam atos cruéis contra as mulheres e as fazem vítimas fatais, imprescindível a criação e implementação de políticas de reconhecimento, isto é, reconhecer as especificidades da mulher sem inferiorizá-las, sem compará-las à biologia masculina, amparando a construção da identidade feminina com representatividade e ressignificação.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo:* fatos e mitos. Tradução de Sergio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do estado. *In:* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. *Estatuto da Mulher Casada.* Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Visível e invisível:* a vitimização de mulheres no Brasil. Mar. 2017. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 30 dez. 2017.

ONU. *1ª Conferência Mundial da Mulher:* Igualdade, Desenvolvimento e Paz. México, 1975. Disponível em: < http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 23 dez. 2017.

CEDAW. Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. *Recomendação Geral n. 28.* Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf. Acesso em: 12 dez. 2017.

CRENSHAW, Kimberle. *A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero.* Cruzamento: raça e gênero. Painel 1. Disponível em: http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018.

CRENSHAW, Kimberle. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas,* ano 10, 1 sem. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018.

CYFER, Ingrid. Feminismo, identidade e exclusão política em Judith Butler e Nancy Fraser. *Revista Ideias do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp,* Campinas, v. 8, n. 1, jan./jun. 2017.

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 23 dez. 2017.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? demandas da justiça na era pós-moderna. *In:* SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje:* desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro:* estudios de teoría política. España: Paidós, 1999.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Porcentagem de homens e mulheres (2015).* Disponível em: https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacoa/quantidade-de-homens-e-mulheres.html. Acesso em: 28 jan. 2018.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Relógios da violência.* Disponível em: http://www.relogiosdaviolencia.com.br/. Acesso em: 24 jan. 2018.

LOPES, Aline Luciane. A mulher e a construção da cidadania na perspectiva dos direitos humanos. *Revista Argumenta – UENP,* Jacarezinho, n. 15, p. 223-237, 2011.

MAGALHÃES, Lúcia Cardoso de. A cidadania da mulher, uma questão de justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região,* Belo Horizonte, v. 35, n. 65, p. 23-46, jan./jun. 2002.

ONU. *Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979.* Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 23 dez. 2017.

ONU. *Nações Unidas.* Disponível em: http://www.onu.org.br/. Acesso em: 23 dez. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres.* Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, ed. especial, 2012.

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

SIQUEIRA, Maryluze Souza Santos. *Mulher e cidadania:* uma questão de gênero. IV Congresso Sergipano de História e IV Encontro Estadual de Histórica da ANPUH/SE. Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe, out. 2014.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Ressignificação do quilombo pelo resgate dos rastros no constitucionalismo democrático latinoamericano. *In:* SANTOS, Boaventura de Souza; CUNHA, Teresa (org.). *Coloquio internacional epistemologias do Sul:* aprendizagens globais Sul SUL, Sul Norte, Norte Sul. 1. ed. Coimbra: CES Centro de Estudos Sociais. Laboratório Associado a Universidade de Coimbra, 2015. v. 1. p. 149-158.

TORRES, Cláudia Regina Vaz. Sobre gênero e identidade: algumas considerações teóricas. *In:* FAGUNDES, Tereza Cristina Pereira Carvalho (org.). *Ensaios sobre identidade e gênero.* Salvador: Helvécia, 2000.

ZAPATER, Maíra Cardoso. *A constituição do sujeito de direito mulher no direito internacional dos direitos humanos.* Seminário FESPSP. Incertezas do trabalho. GT 03 – Direitos Humanos, política e trabalho, 02-05 out. 2017. Disponível em: http://www.fespsp.org.br/seminarios/anaisVI/GT_03/Maira_Cardoso_GT03.pdf. Acesso em: 15 dez. 2017.

Data de recebimento: 18/06/2018

Data de aprovação: 15/08/2018

WORK, DIGNITY AND VISIBILITY: ALLOCATING PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE FRAMEWORK OF PUBLIC SERVICES AS MEANS TO INDUCE THE IMPLEMENTATION OF INCLUSIVE PUBLIC POLICIES

TRABALHO, DIGNIDADE E VISIBILIDADE: A ALOCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS QUADROS DO FUNCIONALISMO PÚBLICO PARA A INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS E EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INCLUSIVAS

Bruno Martins Teixeira*
Edilene Lôbo**

ABSTRACT

This paper analyzes the social implications of the absence of people with disabilities in key public positions in the Brazilian labor market, as well as the effects of this in the feedback of prejudice and social exclusion in relation to this vulnerable group. In order to do so, a sample of the results of some of the most recent major public careers entrance exams in Brazil, for the positions of Judge, Prosecutor and Professor, have been drawn up in order to examine, in practice, the idea of broad accessibility to key positions, as proposed by the 1988 Constitution. Under the theoretical framework of the right to equality, and using the deductive method and bibliographical research, the conclusions point to the need for more investments in the implementation of accessibility and inclusive education resources, with the establishment of new affirmative measures aimed specifically at the promotion of labor inclusion in relation to the functions of greater responsibility within the public service.

* Mestrando em Proteção de direitos Fundamentais. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Assistente em Administração do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – Campus Divinópolis (Minas Gerais, Brasil). Advogado. E-mail: brunomarteixeira@gmail.com.

** Doutora em Direito Processual. Mestre em Direito Administrativo. Especialista em Direito Processual Penal. Professora da Graduação e do Mestrado em Proteção de Direito Fundamentais da Universidade de Itaúna (Minas Gerais, Brasil). Advogada. E-mail: edilenelobo@yahoo.com.

Keywords: Labor; Visibility; Inclusion; People with disabilities; Public service.

RESUMO

O artigo analisa as implicações sociais da ausência de pessoas com deficiência na ocupação de postos-chave do mercado de trabalho público brasileiro, bem como os possíveis efeitos disso na retroalimentação do preconceito e da exclusão em relação ao referido grupo vulnerável. Para tanto, pinçou-se uma amostra dos resultados de alguns dos principais concursos mais recentes no Brasil, para os cargos de juiz, promotor e professor, a fim de examinar como vem sendo implementado, na prática, o ideário de ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos propugnado pela Constituição de 1988. Sob o referencial teórico do direito à igualdade, e utilizando-se do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, as conclusões apontam para a necessidade de mais investimentos na implementação de recursos de acessibilidade e educação inclusiva, com o estabelecimento de novas medidas afirmativas voltadas especificamente à promoção da inclusão laboral no tocante às funções de maior responsabilidade dentro do funcionalismo público.

Palavras-chave: Trabalho; Visibilidade; Inclusão; Pessoas com deficiência; Funcionalismo público.

INTRODUCTION

In Brazil, 45.6 million people (23.9% of the population) bear some kind of disability[1]. Out of this number, only 418,500 individuals (less than 1%) work formally[2]. In the world, as not to leave any doubt about the contingent of individuals, there are about 1 billion people with disabilities[3], the largest minority of humanity[4].

The social exclusion of these people have always existed and the popular demands for their participation in the labor market only gained force, effectively, by the end of the First World War, and even so, in an incipient way. At this

---

1 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Rio de Janeiro: RJ. *Boletim estatístico – censo 2010*. Available at: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Last visited on March 24, 2018.

2 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Relatório Anual de Informações Sociais – RAIS – 2016. *In: Dados Nacionais 2016*, 3. Análise dos principais resultados. Brasília – DF. Available at: http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default. Last visited on May 1, 2018.

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *The invisibility of disability*: why disability statistics matter. 2016. Available at: http://www.un.org/disabilities/documents/sdgs/infographic_statistics_2016.pdf. Last visited on November 16, 2018.

4 MORENO, Lenin. A maior minoria da humanidade: um bilhão de pessoas com deficiência. *Le Monde Diplomatique*, n. 96, 06 de julho de 2015. Available at: https://diplomatique.org.br/um-bilhao-de-pessoas-com-deficiencia/. Last visited on May 25, 2018.

historic moment, at the international level, there has been a considerable expansion in mechanisms for the protection of fundamental rights, especially the ones related to the decent quality of work[5].

Since then, the world has been through the advent of an international legal order, aimed at promoting equality and respect for diversity and dignity in all fields, including at work, albeit in a disproportionate speed, given the demands accumulated for centuries.

However, in reality, an international legal standpoint worthy of praise comes with the approval, in 2006, of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD, ratified by 153 countries, among them Brazil.

Although there have been, for decades, multiple forecasts about the legal protection of disabled workers all around the world, Brazilian domestic policy has seen little to no change at all for many decades, and there is no doubt that there is still an important portion of citizens that are excluded from the constitutional promise of a good life[6].

To the topic regarding this work, the recognition of the right of these citizens to run for public offices and jobs, however, began to receive greater constitutional protection with the advent of the guarantee established by Article 37, item VIII, of the 1988 Brazilian Constitution – a provision that grants them important percentage when trying for these positions.

It occurs that, despite the legal determination about this right, which deals with it in a much broader way than ever before, the fulfillment of this quota it is still not perceived in many jobs, particularly the most visible ones in the public structure, in positions such as judge, public prosecutor and university professor.

Matter of fact, this situation creates real invisibility to people with disabilities within public entities, highlighted by an ineffectiveness as to the accomplishment of the reservation of quotas with the respective filling of the intended positions, which reinforces the perspective that these people rarely even occupy key positions in State Administration.

This invisibility generates a vicious circle of inequality, inequity and poverty[7], which is unacceptable, as it is said that those who are not seen are not remembered.

---

5 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 41.

6 DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 607-616, jul./dez. 2011.

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL. *Panorama social da América Latina*, 2012. Available at: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1246/S2012895_pt.pdf;jsessionid=6E097D548CE6733A0896074FA2F65CC8?sequence=1. Last visited on November 16, 2018

In order to confirm the proposed hypothesis, we present numbers extracted from public careers entrance exams for three different careers, which are symptomatic that, in *praxis*, official discourse is still perverse and uncommitted.

However, it is crucial to offer proposals for an immediate change of this reality, as will be done throughout this work, as not to cooperate with the alienation of a large number of excluded persons, absent of development strategies and instruments of rights[8].

The present work initially addresses, in chapter 2, the history of legal protection of the disabled with respect to their inclusion in the labor market, seeking to identify the main aspects of this right in the private and public sectors.

Chapter 3 is devoted to the conceptualization of accessibility and the discussion about the visibility that should be given to the presence of people with disabilities in society, as well as the guarantees that modern democracy assures to this community.

The debate about the wide participation of these workers within the organizational structures of public entities is the subject of Chapter 4, when they will examine the results of the last exams of entrance in the career of Public Prosecutor and of Judge in the two largest Brazilian states, Minas Gerais and São Paulo. Such endeavor will allow a general sizing of the problem. With this aim in mind, data concerning the entrance in academic career were collected, and the results of three of the largest Brazilian public exams held in the last years for the job of professor in the states of Rio de Janeiro and Minas Gerais were brought together, given the great social impact of this functions, materialized mainly in the pedagogical, political and democratic importance of education.

At the end of this work, conclusions are given, seeking to propose, in addition to reading the official and undeniable data, effective actions to change the reality and induce positive behaviors that push for the implementation of inclusive policies, with the activation of available mechanisms, including the punishment of omissions, which was only possible starting from the theoretical framework on the right to equality, using the deductive method, with bibliographical research and document analysis.

THE INCLUSION OF THE PERSON WITH DISABILITIES IN THE LABOR MARKET

Among various challenges related to the inclusion of people with disabilities in the contemporary world, the issue involving the access to the labor market by

---

8 FRANÇA, Tiago Henrique de Pinho Marques. *Deficiência e pobreza no Brasil:* a relevância do trabalho das pessoas com deficiência. Universidade de Coimbra, 2014. PhD Thesis. Available at: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27101/1/Defici%C3%AAncia%20e%20Pobreza%20no%20Brasil.pdf. Last visited on November 16, 2018, p. 115.

these citizens is among those that have been the object of multiple important studies these days – even because, as said, it involves the minority of humanity.

Labor is at the center of human needs. Through it, the human being expands the meaning of his social role and guarantees his subsistence by building the foundations of his dignity[9].

Currently, the field of human labor encompasses a large and multifaceted range of requirements to be sought by those who want to be part of corporate staff or public service.

The efficiency of work processes is increasingly expected and demanded. Entrepreneurs and public managers seek, first and foremost, a constant increase in profitability and functional income.

Although dimensions such as health, quality of life and the integrity of the worker are, undoubtedly, indispensable elements for the construction of the most important bases of the State and conditions for the maintenance of a competitive organizational climate, the logic of the market places the maximum productivity, at any cost, at the top of its main aspirations.

In this context, the stigma that still accompanies people with disabilities leaves important marks. Disability, which is only a peculiar way of being different[10], continues to be classified and interpreted, erroneously, as an obstacle to the attainment of corporate objectives.

It is precisely at this point that this vicious circle that must be broken is identified, because in "several debates and in the evolution of the political and socioeconomic models of the States, people with disabilities were absent - and in many cases still are"[11].

It is a group thought to be relatively less able for work and more vulnerable to poverty, especially given the fact that there are challenges that go beyond the strictly labor-related difficulties. The high cost of living to people in this condition is a tangible reality:

> Living with disabilities may incur differential living costs. The needs of special products specific to each disability, exclusive services and per-

---

9 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 2011. 4th. ed., 122 f. Thesis. (PhD in Law) São Paulo – SP. Available at: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Last visited on November 19, 2018.

10 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 118.

11 MORENO, Lenin. A maior minoria da humanidade: um bilhão de pessoas com deficiência. *Le Monde Diplomatique*, n. 96, 06 de julho de 2015. Available at: https://diplomatique.org.br/um-bilhao-de-pessoas-com-deficiencia/. Last visited on May 25, 2018.

> manent care in some cases justify this difference. Medical expenses may also be more expensive, as well as those for the adaptation of the home, among others. It is expected that several factors will play a decisive role in estimating such costs, including: the regional standard of living costs; the age of the person concerned; the extension of the injury and functional limitations[12].

In this context, it should be noted that 80% of people with disabilities live in developing countries and that about 20% of the world's poorest people have disabilities[13].

Of course there are structural reasons, from capitalist society that feeds on the inequality of many to the accumulation of wealth by the few. But observing the historical evolution of rights involving the legal protection of these people, it is possible to understand that the incessant struggle for the implementation of inclusive public policies, with effective mechanisms of realization, can break the inhumanity in this field and ignite a small light capable of illuminating hope in better days.

Historical foundation on the legal protection of disabled workers

The historical period right after World War II was the main moment in which the world community turned its eyes to the disabilities of its citizens. The large number of combatants returning from the battlefield with sequels and amputations have awakened the responsibility for coping with the problem, since such people needed to be reinserted into the social scenario in a proper way.

In 1948, the General Assembly of the United Nations (UN) proclaimed the Universal Declaration of Human Rights. Among its most important provisions, the document highlighted the principle that "everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work and to protection against unemployment"[14].

Reference should also be made, in this context, to Convention 159 of the International Labor Organization (ILO), from 1983[15], which deals with the pol-

---

12 FRANÇA, Tiago Henrique de Pinho Marques. *Deficiência e pobreza no Brasil:* a relevância do trabalho das pessoas com deficiência. Universidade de Coimbra, 2014. PhD Thesis. Available at: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27101/1/Defici%C3%AAncia%20e%20Pobreza%20no%20Brasil.pdf. Last visited on November 16, 2018, p. 115.

13 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Alguns factos e números sobre as pessoas com deficiência.* 2017. Available at: https://www.unric.org/pt/pessoas-com-deficiencia/5459. Last visited on November 16, 2018.

14 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Aprovada pela Resolução n. 217, durante a assembleia-Geral da ONU, em Paris, França, em 10/12/1948. Available at: www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Last visited on January 22, 2018.

15 BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção n 159, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Reabilitação Pro-

icy of Vocational Rehabilitation and Employment of Disabled Persons, which notes in its article 4:

> The said policy shall be based on the principle of equal opportunity between disabled workers and workers generally. Equality of opportunity and treatment for disabled men and women workers shall be respected. Special positive measures aimed at effective equality of opportunity and treatment between disabled workers and other workers shall not be regarded as discriminating against other workers[16].

The Brazilian Constitution of 1988, unlike the previous ones, legitimated the protection of the worker's from the perspective of the principle of human dignity, recognizing, in item IV of article 1, the social value of work and respect for the dignity of the human person as basic foundations of participatory democracy.

In response, above all, to the effects of globalization and the economy, and in anticipation of the drastic onslaughts of the new post-industrial society, the 1988 Brazilian Constitution, on the topic of general principles of the economic activity (article 170), list human labor and the guarantee of a dignified existence for everyone as the main ground of the new economic order.

Among the previously mentioned principles, the goal is to reduce regional and social inequalities, as well as to promote full employment. Hence, it is possible to start from the proposal of inclusion in all other ambiences of national life.

Inclusion and the private sector

With regard to workers in the private sector, the set of provisions set forth in Law No. 8,213 of 1991[17], which establishes rules regarding social security benefits for the insured persons of the General Social Security System (under the acronym RGPS in Portuguese), can be classified as an important normative advance.

This law compels companies with more than 100 employees to fill two to five percent of their posts with rehabilitated persons or persons with disabilities,

---

fissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Available at: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm. Last visited on January, 30, 2018.

16 BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção n. 159, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Available at: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm. Last visited on January, 30, 2018.

17 BRASIL. Brasília. Presidência da República. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Available at: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Last visited on March 22, 2018.

creating the so-called quotas for these individuals, a provision that is repeated in the text of article 36 of the Decree 3,298, of 1999[18].

Judicial decisions have already been consolidated in regard to compliance with the rule in question, and it is possible to find a set of decisions that give ever more effectiveness to the intent instituted by Law No. 8.213, referred to before, with the decision of the Superior Labor Court being a recent and better finished example of this assertion, taking this part in specific:

> APPEAL. INTERLOCUTORY APPEAL. APPEAL TO THE REVIEW OF LAW N. 13.015/14. PUBLIC CIVIL ACTION. CONTRACTING OF REHABILITATED EMPLOYEES OR OF EMPLOYEES WITH DISABILITY. UNFULFILLMENT OF MINIMUM QUOTA PROVIDED IN LAW. The appealing party does not present enough arguments as to deconstruct the decision that denied follow-up to the interlocutory appeal, since the appeal to review of referred law did not demonstrate intrinsic presupposition foreseen in article 896 of the Brazilian Consolidation of Labor Laws (CLT). In the hypothesis, the Regional Court, valuing facts and evidence, concluded that the defendant did not prove to have exhausted all means on searching for rehabilitated and disabled workers. It was also noted that the company made insufficient efforts to fulfill the minimum quota provided for in article 93 of Law 8213/91, as restricted to the disclosure of vacancies for functions of great physical effort. It thus removed the allegation that contracting below the legal requirement was due to the lack of qualified candidates, and it would seem impracticable to consider breach of the indicated provisions of law and from the Federal Constitution, given the factual nature of the controversy. Provision denied[19].

In this wake, the prejudice that still exists regarding the hiring of workers with disabilities must be overcome, since many of these people are competent and have skills unknown and unjustly discredited by the prejudiced analysis to which they are submitted.

In parallel to the practice of such affirmative actions, changes must be made in business environments that stimulate a new awareness of welcoming the dif-

---

[18] BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Last visited on May 22, 2018.

[19] BRASIL. Brasília. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento nº AIRR-181-55.2013.5.09.0006, da 1ª Turma do TST. Relator: Walmir Oliveira da Costa. Brasília, DF. Publicação em 01/12/2018 e transitado em julgado em 02/03/2018. Available at: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=181&digitoTst=55&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0006&consulta=Consultar. Last visited on February 17, 2018.

ferent, in reverence for the fundamental objective of building a more just and solidary society, prescribed in article 3, item I, of the 1988 Constitution[20].

As stated by Goldschmidt and Palma, specifically addressing the issue of the disabled, "the labor market must adapt to the needs of the physically disabled, considering what has already been said about human life overlapping the objectives of the capital market and profit"[21].

Access to public office or public employment

The Constitution of the Republic of Brazil establishes, in article 37, item VIII, that "the law shall reserve a percentage of public positions and jobs for persons with disabilities and shall define the criteria for their admission"[22].

The literal interpretation of that provision makes it possible, at first, to ascertain that the purpose of the constitutional legislator in affirming it was to ensure the reservation of vacancies within the establishment plan of the entity or sector in question, as it would be established through Law No. 8,213, of 1991.

Nevertheless, in regulating this fundamental right, the infraconstitutional legislator has made it clear in article 5, paragraph 2, of Law No. 8,112 of 1990, that a person with disability must be guaranteed:

> [...] the right to take part in a public contest to fill a position whose duties are compatible with the disability of which they are bearers; for such persons will be reserved up to 20% (twenty percent) of the vacancies offered in the contest[23].

The Decree No. 3.298 of 1999 establishes the minimum quota of five percent of the vacancies offered in public career exams (article 37, paragraph 1), also referring to the fact that the number of vacancies offered in the entrance

---

20 BRASIL. Brasília. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Last visited on May 27, 2018.

21 GOLDSCHMIDT, Rodrigo; PALMA, Darléa Carine. *O direito fundamental do deficiente físico ao trabalho digno e sua inclusão no mercado de trabalho.* Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais – Descontinuado. 17 a 19/08/2011, Chapecó (SC). Available at: http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/911/0. Last visited on February 2, 2018.

22 BRASIL. Brasília. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Last visited on May 27, 2018.

23 BRASIL. Brasília. Presidência da República. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Last visited on March 22, 2018.

exams shall be safeguarded for such persons, though not effectively speaking of guaranteeing such places in State roles[24].

With regard to public employees, it is important to note that the reservation must be carried out within the companies as well and will be proportional to the total number of employees, with the need to guarantee that between two and five percent of the vacant staff components are going to be filled by rehabilitated candidates or persons with disability, according to article 93, of Law No. 8.213 of 1999.

A critique of the way in which legislation has addressed the issue concerns the ineffectiveness of this procedure as a mechanism for accessibility to the public labor market because:

> [...] the affirmative action established by the Constitution has not been fully implemented by law. The Constitution establishes that a percentage of public positions and jobs will be reserved for persons with disabilities, while the law (and the decree that regulates it) reserves only a percentage of the vacancies in dispute in each public career exam[25].

The Supreme Court has already expressed its support for the thesis on the reservation of vacancies coming into reality. Minister Cesar Peluso, in the *writ of mandamus* No. 25.074, recognizing the legal force and clarity of the precept contained in the text of referred guarantee, has pronounced as follows:

> ... the disabled have the right to occupy a certain number of public posts and jobs, considered in each functional table, according to the percentage reserved to them by law, which can only be calculated in the comparison of the total of positions and of jobs, and not, of course, in the random number of places that are put on each public career exam[26].

---

24 It is important to note that the provisions under Law 8,122 of 1990 and Decree 3,298 of 1999 are directed at public servants of the Federation. In regard to the states, municipalities and the Federal District, the respective regulations may deal with it in a different way, since these entities can legislate simultaneously on the matter of disability, by virtue of article 24, item XIV, of the 1988 Constitution. Despite this legislative autonomy, most state entities are following the same path led by federal legislation, that is, they set the reservation percentage on supply of vacancies via public exams to enter public careers, but not within the respective functional framework.

25 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 2011. 4th. ed., 122 f. Thesis. (PhD in Law) São Paulo – SP. Available at: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Last visited on November 19, 2018.

26 BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.074. Relator Ministro Cezar Peluso. Originário do Distrito Federal. Decisão monocrática de 18 de outubro de 2004. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 de outubro de 2004, p. 42. Available at: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25074%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bp8pqjp. Last visited on February 2, 2018.

José dos Santos Carvalho Filho, analyzing the importance of the theme, observes:

> [...] there has been, at least until now, no greater concern on the part of State bodies (except for honorable exceptions) regarding the recruitment of people with disabilities. This omissive stance is unconstitutional: the Public Power regulates and encourages this participation, and this is because, as known, it is an undeniable instrument of social inclusion[27].

The affirmative action proposed by the constitutional legislator aimed at the promotion of an effective inclusion, deprived of subterfuges that could impede the real fulfillment of the principle of non-discrimination, contained in article 3, item IV. However, there is still a need to move towards fair participation of such vulnerable group on the mission of public service in our country.

It is also worth noting the international recognition of this guarantee, promoted mainly by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD (Decree No. 6949 of August 25, 2009), in which Article 27 states that States Parties recognize the right of persons with disabilities to work, on an equal basis with others", listing among one of the purposes to be fulfilled is that of "employing persons with disabilities in the public sector".

ACCESSIBILITY AND VISIBILITY

The text of the Constitution, as well as any legal framework devoted to the protection of persons with disabilities, state that their participation in various social activities should be carried out as widely as possible.

The new concept of disability makes it clear that the difficulties with regard to full participation are much more placed in society than in the individual, as opposed to the already surpassed exclusively medical opinion towards disabilities. The current concept is well represented by the CRPD, which defines disability in its text and in its preamble, as

> ...an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others[28].

The technological advances achieved since the end of the last century allow almost all the problems resulting from the deficiencies to be solved through se-

---

27 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

28 BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Last visited on September 5, 2017.

rious investments that provide the maximum accessibility for almost any kind of situation.

Also, the claim that every disabled person has, as a rule, more difficulties to carry out any activity has already been demystified. The technological apparatus – especially assistive technology – available to these people allows them to prepare themselves adequately for the performance of varied tasks like any other citizen.

Therefore, it is quite possible that these individuals competently assume the most diverse places within companies and public institutions. More than that, it is essential to make it possible to occupy public offices and state functions, because, as has already been shown, the possibility of doing a good job is outstanding.

In addition, the presence of companies with inclusive politics has become increasingly common in the most diverse branches, with its actions being guided by the following principles

> • It is ethically correct to include people with disabilities in the general workforce;
>
> • The workforce of the disabled person is as productive as the workforce constituted only of workers without disabilities;
>
> • The workforce of disabled and non-disabled workers efficiently contributes to the company's successful economic goals and, at the same time, helps the company to play its part in the labor inclusion effort to ensure people with disabilities the right to work and all workers to learn from each other[29].

The above principles are perfectly suited to private and public working environments, and the expansion of the participation of persons with disabilities in both scenarios is essential to expose the reality of exclusion so that it can be effectively addressed.

As José Luiz Bolzan de Morais teaches, in a comment on the fundamental objectives of the Republic, listed in the Brazilian Constitution, in article 3, item IV, highlighting the need to promote the common good, without prejudice:

> [...] affirmative action policies, such as quotas, whatever the means of access selected (economic, racial, regional, etc.), dialogue with the promotion of the common good, even by recomposing the past or incorporating peculiar demands of the models of contemporary welfare,

---

[29] SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. 8. ed. Rio de Janeiro: 2010, p. 68-69.

> and in doing so, they are deviating the prejudice present in Brazilian society[30].

From a legal and constitutional perspective, therefore, the ideal of accessibility to work aims at participation that encompasses all the possibilities and spaces available in the social environment. In the public domain, this precept mainly includes posts whose visibility can promote the influence in behaviors and the implementation of inclusive public policies, as will be discussed in the next chapter.

WIDE PARTICIPATION AND AVAILABLE SPACES

In addition to the difficulties concerning the realization of the constitutional reservation of public positions and jobs for persons with disabilities, even greater obstacles are observed when it comes to their participation in key State positions. Examining the procedures of some national public careers exams, it can be verified that, when vacancies for such jobs are offered, it is even more visible the noncompliance with the aforementioned constitutional precept.

Judiciary and public prosecutor's office

In this topic, we tried to verify how this question has been presented in relation to the public service exams for the positions of Judge and Public Prosecutor in the country.

In the case of the Judiciary, it should be remembered beforehand that the National Council of Justice has delivered Resolution No. 230, dated June 22, 2016, which guides the adequacy of the activities of the organs of the Judiciary and its auxiliary services to the determinations of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), and Law No. 13,146 of 2015.

Article 10 of the aforementioned Resolution established the creation of permanent commissions on accessibility and inclusion to oversee, plan, elaborate and follow such policies. Section X of this article contains wording identical to that of Article 37, item VIII, of the Brazilian Constitution, providing for "inclusion, in all public careers exams, of the constitutional provision for reservation of vacancies for persons with disabilities, including those dealing with admission to the judiciary (1988 Constitution, article 37, item VIII)"[31].

---

[30] BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Objetivos Fundamentais. *In*: ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (coord.). *Curso de direito constitucional*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 129-136.

[31] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 230, de 22 de junho de 2016. Brasília, DF. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3141. Acesso em: 2 maio 2018.

As an example, the 185th exam to enter the judicial career in the state of São Paulo, in 2014 (already under the CRPD), in which 215 positions were offered, 204 of which were destined to all kinds of contestants and 11 (5%) to people with disabilities[32]. At the end of the exam, 80 candidates were approved, of which only 1 borne a disability[33].

In 2015, the public announcement of the 186th exam, on the same state, published the offer of 217 vacancies. Of these, 206 were destined to all kinds of contestants and 11 (5%) to people with disabilities[34]. At the end of the process, 77 competitors were approved in general and none with disabilities, according to the final report[35]. Therefore, it is easy to conclude that in practice it is difficult to find judges, men or women, with disabilities.

The National Council of the Public Prosecutor's Office (CNMP) edited and published, in 2014, the Ministerial Guide for action, aiming to promote institutional improvement and, in order to defend the rights of persons with disabilities, through the implementation of accessibility, priority treatment, public exams to enter the career, inclusive education and easy access to the process of assistance to the partially disabled, when needed be.

Regarding the expansion of access to vacancies in the institutional framework, the CNMP has posed a clear statement, orienting how the compliance with the rule of constitutional reservation of vacancies in the public sector should be carried out:

> If the career frame is structured in offices and specialties, the allocation of reserved vacancies will be made in proportion to the number of offices in each specialty, so that for all public offices or jobs there is explicit provision for reservation of vacancies for persons with disabilities.
>
> If, on the other hand, the Public Administration makes a single vacancy available, it shall be taken notice about whether it already has in its staff a significant number of employees with disabilities in the office or

---

32 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 185º Concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo*. São Paulo, 11 de junho de 2014. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1401. Last visited on May 1, 2018.

33 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Lista de aprovados na prova oral do 185º concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do estado de S*ão *Paulo*. São Paulo, 8 de setembro de 2015. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1401. Last visited on May 1, 2018.

34 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 186º concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo*. São Paulo, 10 de junho de 2015, p. 1-3. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1504. Last visited on May 1, 2018.

35 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Lista de candidatos aprovados na avaliação de títulos no 186º concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo*. São Paulo, 16 de agosto de 2016. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1504. Last visited on May 1, 2018.

> job to be filled, so that the constitutionally mandated reservation is being fulfilled, or is being gradually fulfilled.
>
> [...]
>
> Not having employees or public servants with disabilities in reasonable representative parameters (remember that we do not yet have a law with effective reservation of positions and public jobs in each State body), this single vacancy can be filled by a disabled person. In this case, this information must be clear on the announcement of the public exam, in the sense that it is clear that the only vacancy available is supposed to be filled by a disabled person[36].

The adoption of these regulations reveals the extreme importance invested in the fact that these bodies shall give society an example of inclusion of persons with disabilities in their staff in a broader way, also allowing access to the main careers, especially considering the extreme visibility they pose.

However, in the year of 2010, the public announcement of the 87th Public Prosecutor's Office entrance exam to the State of São Paulo, disclosed an offer of 75 vacancies for prosecutors, with 71 for all types of contestants and 4 for people with disabilities[37]. The final result registers the approval of 73 candidates in this specific exam and none with disabilities[38].

In the 86th Public Prosecutor's Office entrance exam of 2008 (prior to the effectiveness of CRPD, but with the Constitutional text already leaving no room for doubt about the obligation to broad inclusion), the final result does not make reference to any person with a disability[39]. Of the 79 vacancies, 71 were destined to all kinds of contestants and 4 for people with disabilities, approving 52 contestants in the general dispute and none within the disability quotas[40].

---

36 GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público*: reserva de cargos e empregos públicos – administração pública direta e indireta. 3. ed. Goiânia: Editora da UGC, 2016. Available at: http: www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/269. Last visited on November 01, 2017.

37 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 87º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – 2010.* São Paulo, 31 de dezembro de 2009, p. 1. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/concursos/membros/87_CONCURSO_INGRESSO. Last visited on May 1, 2018.

38 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Aviso* Nº 191/11 – PGJ. *Relatório final do 87º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – 2010.* São Paulo, 14 de março de 2011. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/concursos/membros/87_CONCURSO_INGRESSO. Last visited on May 1, 2018.

39 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 86º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – 2008.* São Paulo, SP, 14 de agosto de 2008. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/concursos/membros/87_CONCURSO_INGRESSO. Last visited on May 1, 2018.

40 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Aviso nº 549/09 – PGJ. Relatório final do 86º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – 2008.* São Paulo, 31 de julho de

In Minas Gerais the situation is similar. The Service Exam Public Announcement under number 01/2011 initially provided for the offer of 14 vacancies for the career of judge, of which 10% should be aimed at people with disabilities[41]. In the general classification stage, 99 candidates without disabilities were classified, among which only 1 was a quota holder[42].

In the Minas Gerais Public Prosecutor's Office entrance exam, this situation also occurs. In the 55th exam to be a Prosecutor, in 2017, 36 places were destined to all kinds of contestants and 4 places for people with disabilities[43]. The final result indicates the approval of 31 candidates in general and none with disabilities[44].

Access to academic career

The dimension of the problem on inclusiveness can be better understood by looking at how the rule in question is applied in the case of entrance exams to join careers in academia. A good sampling can be done by examining what happened in three large exams for professor vacancies recently held in Brazil, two of them at the federal level and one at state level.

The Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ), through Public Announcement n. 588, dated September 14, 2017, announced vacancies for 9 areas of academic service. Of these, 8 areas were contemplated with 1 seat each and for one of the areas 2 vacancies were reserved. From the perspective of the constitutional reservation of va-

---

2009. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/interna/concursos/86_CONCURSO_INGRESSO_CARREIRA. Last visited on May 1, 2018.

41 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Edital n. 01/2011, do concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Minas Gerais.* Belo Horizonte, 14 de outubro de 2011, p. 1. Available at: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/transparencia/concursos/concurso-juiz-de-direito-substituto-edital-n-01-2011-1.htm. Last visited on May 1, 2018.

42 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Lista de classificação final do concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Minas Gerais – Edital n. 01/2011.* Belo Horizonte, 26 de março de 2013. Available at: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/transparencia/concursos/classificacao-final-dje-de-26-03-2013.htm. Last visited on May 1, 2018.

43 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Edital do LV concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.* Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2017, p. 1. Available at: https://www.mpmg.mp.br/acesso-a-informacao/concursos/membros/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto.htm. Last visited on May 1, 2018.

44 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Resultado final do LV concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.* Belo Horizonte, 30 de novembro de 2017. Available at: https://www.mpmg.mp.br/acesso-a-informacao/concursos/membros/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto.htm. Last visited on May 1, 2018.

cancies and even if only the average percentage established legally was considered, it would be reasonable to understand that at least one of these 10 vacancies should be reserved for candidates with disabilities. However, as the percentage is applied separately to each vacancy[45], the quota agreement in the event in this exam was not even considered, according to item 3 of the respective announcement:

> [...]
>
> 3. ON THE PARTICIPATION OF PERSONS WITH DISABILITIES 3.1. Due to the number of vacancies, the provisions of Article 37, item VIII, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, Federal Law No. 7,85/1989 and Federal Decree No. 3,298/1999, shall not apply to this exam[46].

On the call to the exam under public announcement no. 860, dated December 20, 2017, also from the Federal University of Rio de Janeiro, still in progress, only 5% of the vacancies were reserved for candidates with disabilities[47]. The vacancies were distributed in an institutional arrangement containing 236 different areas, and for each of these areas a maximum of two vacancies were foreseen, except in the case of mathematics, for which a total of 6 vacancies were available, one being guaranteed to the disability quota holders. The accounting of the vacancies offered in the exam shows that, in a universe of 285 vacancies, only one was reserved for people with disabilities[48].

---

45 Regarding the issue, it should be noted that Decree No. 9,508, dated September 24, 2018, which was recently published, deals with the specific theme of reserving vacancies and public jobs for people with disabilities at federal level. According to what is written in article 1, paragraph 4, item I, of said Decree, "I – On the hypotheses of a public entrance exam or a selection process that is regionalized or structured by specialty, the minimum percentage of reservation will be applied to the total vacancies of the public announcement of the exam or selection process, except in cases where it is shown that such regionalized or specialized appliance will not lead to a reduction in the number of vacancies for disabled people" (BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto 9.508, de 24 de setembro de 2018. Available at: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm. Last visited on November 16, 2018.

46 Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Edital de n. 588, de 14 de setembro de 2017, do concurso público para provimento de vagas em cargos efetivos da carreira de magistério do ensino básico, técnico e tecnológico.* Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2017. Available at: https://concursos.pr4.ufrj.br/images/stories/_concursos_PR4/edital-588-2017/editais-e-anexos/Edital-588--de-14-09-17---01-03-18.pdf. Last visited on May 30, 2018.

47 Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Edital de n. 860, de 20 de dezembro de 2017, do concurso público para provimento de vagas em cargos efetivos da carreira de magistério superior.* Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2017. Available at: https://concursos.pr4.ufrj.br/images/stories/_concursos_PR4/Edital-860-17/Editais-e-Anexos/Edital_860-17_-_17-01-18.pdf. Last visited on May 30, 2018.

48 Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Anexo III do edital de n. 860, de 20 de dezembro de 2017, do concurso público para provimento de vagas em cargos efetivos da carreira de magistério supe-*

In Minas Gerais, in what was perhaps one of the largest exams to admission of professors ever held by the state, the SEPLAG/UEMG (Secretary of State for Planning and Management/State University of Minas Gerais) public announcement under No. 08/2014, of November 28, 2014, announced the offer of 146 vacancies, of which only 13 (less than 10%) should be destined to candidates with disabilities[49]. The results show that at the end of the process only 10 candidates – about 7% of the total – were approved under special condition[50].

In the last IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics) census, out of the 42,146,647 people with disabilities interviewed, only 2,808,878 (6%) have completed higher education[51]. Despite the effort to expand educational training in this category, people with disabilities are rarely seen teaching or involved in academia, which is still worrisome and feeds the stigma on disability being an obstacle.

The importance of including such people in academic careers is also present in the fact that the teaching practice, when carried out by members of vulnerable groups, has a great potential to reaffirm the need for effective democratization of workplaces.

It should also be stressed that distance education is also an important alternative for the training and qualification of people with disabilities, especially in those cases involving more severe disabilities. Greater and better investments in this field can undoubtedly promote future improvements in the condition of access to the labor market of professors and intellectual activities in general.

> Teleworking [...], or computerized home offices, have grown considerably thanks to the definitive insertion of computer technology into the day-to-day activities of human beings, and it also opens up an excellent field of work for people with disabilities[52].

---

rior. Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2017. Available at: https://concursos.pr4.ufrj.br/images/stories/_concursos_PR4/Edital-860-17/Editais-e-Anexos/ANEXO_III_-_Edital_860_-_17-01-18.pdf. Last visited on May 30, 2018.

49 Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. *Edital Seplag/UEMG N. 08/2014, de 28 de novembro de 2014. Concurso público de provas e títulos para provimento de cargos da carreira de professor de educação superior*. Minas Gerais, 28 de novembro de 2014. Available at: https://fs.ibfc.org.br/arquivos/a09cdaa8c0240b92b36e75235f00ce48.pdf. Last visited on May 30, 2018.

50 Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. *Resultados finais e homologações referentes ao Edital Seplag/UEMG N. 08 /2014, de 28 de novembro de 2014. Concurso público de provas e títulos para provimento de cargos da carreira de professor de educação superior*. Minas Gerais, 28 de novembro de 2014. Available at: https://www.ibfc.org.br/concurso/concurso_selecionado/241. Last visited on May 30, 2018.

51 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Rio de Janeiro: *Boletim estatístico – censo 2010*. Available at: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Last visited on March 24, 2018.

52 SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão*: construindo uma sociedade para todos. 8. ed. Rio de Janeiro: 2010. p. 76.

However, although the telework option is very interesting, it is not possible to give up on the continuity of the processes of adaptation of workplaces and the implementation of accessibility in public spaces and means of transportation of the country, since interpersonal interaction is important for the complete social inclusion in question and, consequently, for the visibility that does not let ostracism happen.

In order to achieve the ideal of full inclusion of persons with disabilities in the workplace, both in the public and private sectors, and in line with what was agreed by the States Parties to the 2007 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the priorities of governments and society as a whole must be: (a) to increase investments in the implementation of inclusive education policies; b) to carry out more frequent supervision of the promotion of work to the disabled person; and c) to combat the precariousness of working conditions and the rights of these persons, punishing those responsible for violations[53].

With the attainment of these priorities, surely the ideal of a good life becomes more accessible, transforming it into one constructed with both the similar and the different, and constructed to the similar and the different.

FINAL THOUGHTS

The principles that enhance and underpin policies and actions for the inclusion of people with disabilities in the labor market are numerous and are clearly stated in international and domestic legislation. These provisions focus on the need to promote access to employment as widely as possible, both in the private sector and at the State level.

Evidently contrasting with these objectives, the imperatives of maximum efficiency at any cost, the search for the indiscriminate increase of profitability and the increase of competitiveness among companies are some of the components that condition the labor market, generating prejudice and discrimination in the admission of employees. The result is that most companies have been limited to complying with the quotas provided for in the regulatory legislation, as if said affirmative measures would represent an obstacle to meeting business goals.

Specifically in the public sector, where the rule of reserving vacancies via exams for entrance in public careers prevails, much still has to be done to achieve the ideal of participation people with disabilities in a level that is minimally close to the numerical representativeness of this vulnerable group in the social environ-

---

[53] FRANÇA, Tiago Henrique de Pinho Marques. *Deficiência e pobreza no Brasil*: a relevância do trabalho das pessoas com deficiência. Universidade de Coimbra, 2014. PhD Thesis. Available at: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27101/1/Defici%C3%AAncia%20e%20Pobreza%20no%20Brasil.pdf. Last visited on November 16, 2018, p. 115.

ment. Most of the exams have stipulated the reservation of only 10% of the vacancies for candidates with disabilities, although the legislation establishes the maximum percentage of 20% for both. As it was verified here, the final results of these exams have shown that much remains to be done to achieve the constitutionally listed ideal. In addition to the low initial percentage of this vacancy reservation, in the great majority of the public announcements to the exams, very few candidates that fit the rule as quota holders appear on the lists of candidates approved.

The absence of disabled persons in leadership and management positions feeds back the already widespread prejudice and enhances the invisibility to which they fall victims, causing the false impression that they are predestined to always occupy jobs that require little ability or only demand small responsibilities. On the other hand, the absence of such persons in functions of superior hierarchical skill precludes the manifestation of the noblest wishes and proposals in defense of policies that are beneficial to the categories of which they are part, making it difficult to break prejudice and discrimination.

The guiding lines provided by the National Council of the Public Prosecutor's Office should be emphasized so that the public administrator, when conducting the exams to enter public careers, should check and constantly correct the fair distribution of the quota reservation among the various categories present in the institutional organization chart.

Another important point concerns the need to maintain a continuous improvement in the quality of public services. In this context, disabled persons should be provided with an adequate structure for preparing for work, which should start from the earliest school years and have serious and well-targeted investments in the transportation, adaptation and remodeling of public spaces, in addition to the implement of a full range of accessibility features.

It must be borne in mind that the major purpose of inclusive policies for people with disabilities is to make affirmative policies gradually less necessary as democratic participation is increasingly seen as usual. Only the achievement of this collective wish will demonstrate the fulfillment of the fundamental constitutional objective of building a solidary society in its entirety.

REFERENCES

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 2011. 4th. ed., 122 f. Thesis. (PhD in Law) São Paulo – SP. Available at: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf. Last visited on: November 19, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e MAIA, Maurício. Inclusão e concurso público: análise crítica da jurisprudência sobre pessoas com deficiência. *A & C Revista de Direito*

Administrativo & Constitucional, ano 16, n. 65, Belo Horizonte, Fórum, 2016. Available at: http:www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/269. Last visited on November 01, 2017.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Objetivos fundamentais. *In*: ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão e STRECK, Lenio (coord.). *Curso de direito constitucional*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 129-136.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Last visited on May 27, 2018.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Last visited on March 22, 2018.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Available at: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Last visited on March 22, 2018.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Last visited on March 22, 2018.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Last visited on May 22, 2018.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Last visited on September 5, 2017.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto 9.508, de 24 de setembro de 2018. Available at: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm. Last visited on November 16, 2018.

BRASIL. Brasília. Presidência da República. Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção n 159, da Organização Internacional do Trabalho–OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Available at: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm. Last visited on January, 30, 2018.

BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.074. Relator Ministro Cezar Peluso. Originário do Distrito Federal. Decisão monocrática de 18 de outubro de 2004. Publicada no Diário Oficial da União. Brasília, 22 de outubro de 2004, p. 42. Available at: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25074%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bp8pqjp. Last visited on February 2, 2018.

BRASIL. Brasília. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 230, de 22 de junho de 2016. Brasília, DF. Available at: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3141. Last visited on May 2, 2018.

BRASIL. Brasília. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento nº AIRR-181-55.2013.5.09.0006, da 1ª Turma do TST. Relator: Walmir Oliveira da Costa.

Brasília, DF. Publicação em 01/12/2018 e transitado em julgado em 02/03/2018. Available at: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=181&digitoTst=55&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0006&consulta=Consultar. Last visited on February 17, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Guia de atuação do Ministério Público – Pessoa com deficiência. Available at: http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9767-guia-de-atuacao-do-ministerio-publico-pessoa-com-deficiencia. Last visited on May 2, 2018.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 607-616, jul./dez. 2011.

FRANÇA, Tiago Henrique de Pinho Marques. *Deficiência e pobreza no Brasil: a relevância do trabalho das pessoas com deficiência*. Universidade de Coimbra, 2014. PhD Thesis. Available at: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27101/1/Defici%C3%AAncia%20e%20Pobreza%20no%20Brasil.pdf. Last visited on November 16, 2018, p. 115.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; PALMA, Darléa Carine. *O direito fundamental do deficiente físico ao trabalho digno e sua inclusão no mercado de trabalho*. Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais – Descontinuado. 17 a 19/08/2011, Chapecó (SC). Available at: http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/911/0. Last visited on February 2, 2018.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público:* reserva de cargos e empregos públicos – administração pública direta e indireta. 3. ed. Goiânia: Editora da UGC, 2016. Available at: http: www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/269. Last visited on November 01, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Boletim estatístico – Censo 2010*. Rio de Janeiro. Available at: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Last visited on March 24, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORENO, Lenin. A maior minoria da humanidade: um bilhão de pessoas com deficiência. *Le Monde Diplomatique*, n. 96, 06 de julho de 2015. Available at: https://diplomatique.org.br/um-bilhao-de-pessoas-com-deficiencia/. Last visited on May 25, 2018.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Relatório Anual de Informações Sociais – RAIS – 2016. *In: Dados Nacionais 2016*, 3. Análise dos principais resultados. Brasília – DF. Available at: http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default. Last visited on May 1, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Edital do LV concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo

Horizonte, MG, 17 de janeiro de 2017, p. 1. Available at: https://www.mpmg.mp.br/acesso-a-informacao/concursos/membros/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto.htm. Last visited on May 1, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Resultado final do LV concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.* Belo Horizonte, MG, 30 de novembro de 2017. Available at: https://www.mpmg.mp.br/acesso-a-informacao/concursos/membros/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto.htm. Last visited on May 1, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Aviso* Nº 191/11 – PGJ. Relatório final do 87º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – 2010. São Paulo, SP, 14 de março de 2011. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/concursos/membros/87_CONCURSO_INGRESSO. Last visited on May 1, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Aviso* Nº 549/09 – PGJ - Relatório final do 86º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – *2008.* São Paulo, SP, 31 de julho de 2009. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/interna/concursos/86_CONCURSO_INGRESSO_CARREIRA. Last visited on May 1, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 86º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – 2008.* São Paulo, SP, 14 de agosto de 2008. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/concursos/membros/87_CONCURSO_INGRESSO. Last visited on May 1, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 87º concurso de ingresso na carreira do Ministério Público – 2010.* São Paulo, SP, 31 de dezembro de 2009, p. 01. Available at: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/concursos/membros/87_CONCURSO_INGRESSO. Last visited on May 1, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Alguns factos e n*úmeros sobre as *pessoas com deficiência*. 2017. Available at: https://www.unric.org/pt/pessoas-com-deficiencia/5459. Last visited on November 16, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL. *Panorama social da América Latina*, 2012. Available at: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1246/S2012895_pt.pdf;jsessionid=6E097D548CE6733A0896074FA2F65CC8?sequence=1. Last visited on November 16, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprovada pela Resolução n. 217, durante a assembleia-geral da ONU, em Paris, França,* em 10/12/1948. Available at: www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Last visited on January 22, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *The invisibility of disability:* why disability statistics matter. 2016. Available at: http://www.un.org/disabilities/documents/sdgs/infographic_statistics_2016.pdf. Last visited on November 16, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão:* construindo uma sociedade para todos. 8. ed. Rio de Janeiro, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Edital n. 01/2011, do concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Minas Gerais.* Belo Horizonte, MG, 14 de outubro de 2011, p. 01. Available at: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/transparencia/concursos/concurso-juiz-de-direito-substituto-edital-n-01-2011-1.htm. Last visited on May 1, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Lista de classificação final do concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura do Estado de Minas Gerais – Edital n. 01/2011.* Belo Horizonte, MG, 26 de março de 2013. Available at: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/transparencia/concursos/classificacao-final-dje-de-26-03-2013.htm. Last visited on May 1, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 185º Concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo.* São Paulo, SP, 11 de junho de 2014. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1401. Last visited on May 1, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Edital do 186º concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo.* São Paulo, SP, 10 de junho de 2015, p. 1-3. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1504. Last visited on May 1, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Lista de aprovados na prova oral do 185º concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo.* São Paulo, SP, 08 de setembro de 2015. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1401. Last visited on May 1, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Lista de candidatos aprovados na avaliação de títulos no 186º concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura do Estado de São Paulo.* São Paulo, SP, 16 de agosto de 2016. Available at: https://www.vunesp.com.br/TJSP1504. Last visited on May 1, 2018.

Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Edital n. 588, de 14 de setembro de 2017, do concurso público para provimento de vagas em cargos efetivos da carreira de magistério do ensino básico, técnico e tecnológico.* Rio de Janeiro – RJ, 14 de setembro de 2017. Available at: https://concursos.pr4.ufrj.br/images/stories/_concursos_PR4/edital-588-2017/editais-e-anexos/Edital-588-de-14-09-17---01-03-18.pdf. Last visited on May 30, 2018.

Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Edital n. 860, de 20 de dezembro de 2017, do concurso público para provimento de vagas em cargos efetivos da carreira de magistério superior.* Rio de Janeiro – RJ, 20 de dezembro de 2017. Available at: https://concursos.pr4.ufrj.br/images/stories/_concursos_PR4/Edital-860-17/Editais-e-Anexos/Edital_860-17_-_17-01-18.pdf. Last visited on May 30, 2018.

Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Anexo III do Edital n. 860, de 20 de dezembro de 2017, do concurso público para provimento de vagas em cargos efetivos da carreira de magistério superior.* Rio de Janeiro – RJ, 20 de dezembro de 2017. Available at: https://concursos.pr4.ufrj.br/images/stories/_concursos_PR4/Edital-860-17/Editais-e-Anexos/ANEXO_III_-_Edital_860_-_17-01-18.pdf. Last visited on May 30, 2018.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS – UEMG. *Edital Seplag/UEMG n. 08 /2014, de 28 de novembro de 2014*. Concurso público de provas e títulos para provimento de cargos da carreira de professor de educação superior. Minas Gerais – MG, 28 de novembro de 2014. Available at: https://fs.ibfc.org.br/arquivos/a09cdaa8c0240b92b36e75235f00ce48.pdf. Last visited on May 30, 2018, p. 55.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS – UEMG. *Resultados finais e homologações referentes ao Edital Seplag/UEMG N. 08 /2014, de 28 de novembro de 2014*. Concurso público de provas e títulos para provimento de cargos da carreira de professor de educação superior. Minas Gerais – MG, 28 de novembro de 2014. Available at: https://www.ibfc.org.br/concurso/concurso_selecionado/241. Last visited on May 30, 2018.

Data de recebimento: 08/06/2019

Data de aprovação: 20/10/2018